

Cet Ouvrage se trouve aussi,

à Paris,	CHEZ	VIDECOQ, PLACE DU PANTHÉON, N° 6.
		JOUBERT, RUE DES GRÈS, n° 14.
à Toulouse,		MARTEGOUTE.
		CORNE ET MURAT.
à Aix,		AUBIN.
à Rennes,		MOLLIEX.
		DUCHESNES.
à Poitiers,		SAURIN FRÈRES.
à Caen,		MANCEL.
		MANOURY.
à Limoges,		MARMIGNON.
à Grenoble,		PRUDHOMME.
à Colmar,		REIFFINGER.
à Bordeaux,		CH. LAWALLE.

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

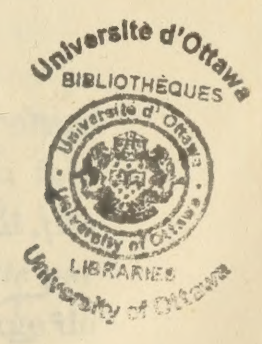
SUIVANT LE CODE CIVIL.

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

TOME DIX-HUITIÈME.

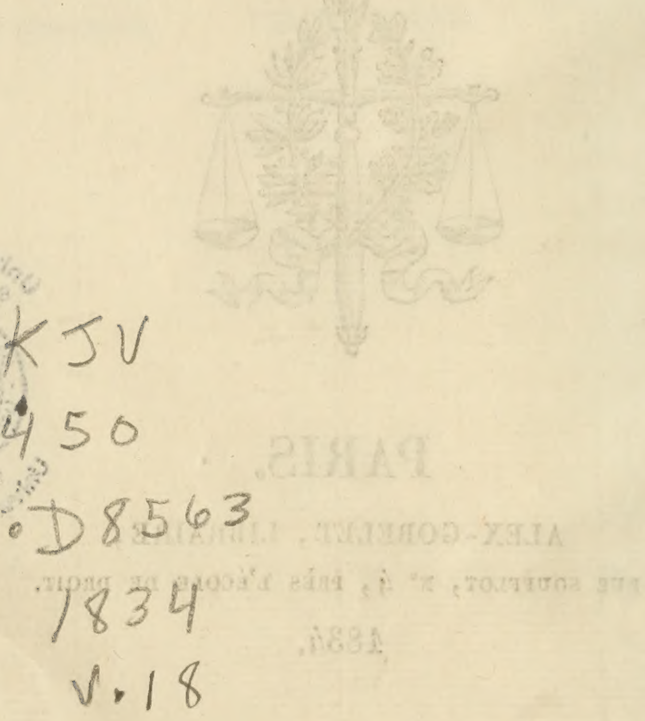




PARIS.

ALEX-GOBELET, LIBRAIRE,
RUE SOUFFLOT, N° 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.

1834.


KJV
450
.D8563
1834
v.18

COURS

DE DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

TITRE XI.

Du Dépôt et du Séquestre.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

1. *Définition du dépôt.*
2. *Développement.*
3. *Combien il y a de sortes de dépôts.*
4. *En combien de sens se prend le mot* dépôt.

1. Une troisième espèce de contrat qui, outre le consentement des parties, exige pour sa formation la remise d'une chose, est le dépôt, lequel, d'après le Code, est en général un *acte* par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature (art. 1915).

2. Cet acte est au surplus un contrat même dans le cas du dépôt nécessaire; mais comme dans le dépôt ordonné par justice, qu'on appelle séquestre, il n'y a pas à proprement parler de contrat entre celui qui a reçu la chose et celui auquel elle doit être rendue, la dénomination *d'acte*, dont on s'est servi pour définir le dépôt en général, convenait en effet mieux que celle de contrat, car le contrat suppose le consentement de deux ou plusieurs personnes sur une chose qu'il leur convient de donner, de faire ou de ne pas faire (art. 1102).

3. Il y a deux sortes de dépôt : le dépôt proprement dit, et le séquestre (art. 1920).

Le dépôt proprement dit est lui-même de deux sortes :

Le dépôt volontaire ou ordinaire,

Et le dépôt nécessaire ou fait dans le cas de quelqu'événement extraordinaire ou de force majeure, où le déposant n'a pu choisir la personne à laquelle il a confié sa chose (art. 1949).

Nous traiterons d'abord du dépôt proprement dit dans une première partie, et du séquestre dans une seconde.

4. Le mot *dépôt* se prend tantôt pour exprimer le contrat lui-même, et tantôt pour la chose qui en fait l'objet (art. 1944).

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de dépôt.

SOMMAIRE.

5. *Le contrat de dépôt est du nombre de ceux qui ne peuvent avoir lieu que par la remise d'une chose.*
6. *Il suffit toutefois de la volonté du déposant, lorsque la chose se trouve déjà dans la main de celui auquel il veut la confier.*
7. *Il n'est pas nécessaire que ce soit le déposant lui-même qui remette la chose, pourvu qu'elle soit remise en son nom.*
8. *Ni qu'elle soit remise au dépositaire lui-même.*
9. *L'erreur sur la chose déposée n'empêche pas qu'il n'y ait dépôt.*
10. *Ni l'erreur sur le nom du dépositaire ou du déposant.*
11. *Le dépositaire ne* possède *pas la chose, il la* détient *seulement.*
12. *Il n'y a pas dépôt, mais un mandat ou un autre contrat, lorsque le but principal que se sont proposé les parties, par la remise d'un objet, est autre chose que la simple garde de cet objet : exemple.*
13. *Autre exemple*
14. *Autre cas analogue.*
15. *Maislorsque le but principal est la garde de la chose, le contrat n'est pas moins celui de dépôt, quoique le dépositaire doive faire quelque chose pour le bien exécuter.*

5. Nous avons dit que le dépôt est un contrat par lequel une personne remet à une autre une chose pour la garder et la lui remettre lorsque celle-ci la lui redemandera. Le contrat de dépôt n'est en effet parfait que par la remise d'une chose, puisque le but de ce contrat est la garde même de cette chose.

6. Du reste, il suffit, comme le dit l'art. 1919, d'une tradition feinte, c'est-à-dire de la convention que la personne qui détient déjà la chose à

un autre titre, la détiendra désormais à titre de dépôt. C'est alors une novation du premier contrat, et ce serait par conséquent à celle des deux parties qui prétendrait que cette novation a eu lieu, à en faire la preuve, en cas de dénégation de la part de l'autre partie.

Il y a également dépôt lorsque je porte quelque chose chez un voisin, au vu et au su de celui-ci, qui se charge tacitement de la garder par cela même qu'il ne la refuse pas. Mais il faut toutefois que son intention de la garder à titre de dépôt ne soit pas douteuse.

7. Il n'est pas nécessaire non plus, pour qu'il y ait dépôt, que ce soit celui au nom duquel il est fait qui remette lui-même la chose; par exemple, si je charge Paul de vous remettre ma montre en dépôt, et qu'il vous la remette en effet en mon nom; ou si Paul, détenteur de ma montre, vous la remet en dépôt de son propre mouvement, mais en mon nom, il y aura dépôt entre vous et moi, et non entre vous et Paul, lequel aura simplement prêté son ministère pour la formation du contrat.

8. Et en sens inverse, il n'est pas nécessaire, pour que le contrat de dépôt existe entre vous et moi, que je vous remette à vous-même, ou que je vous fasse remettre la chose que je me propose de vous confier à titre de dépôt; il suffit

que je la remette ou que je la fasse remettre à quelqu'un désigné par vous pour la recevoir à ce titre.

9. Il importe peu, du reste, que le déposant se soit trompé sur la chose qu'il a cru déposer, par exemple, qu'il ait confié tel diamant au dépositaire, tandis qu'il croyait lui en confier un autre; et *vice versâ*, il est indifférent que le dépositaire se soit trompé sur la chose qui lui a été remise : dans l'un comme dans l'autre cas, la chose qui a été remise devra être rendue, et il ne devra être rendu que cela.

10. Il en serait de même quoique ce fût sur la personne du dépositaire que j'eusse été dans l'erreur, par exemple, si je donne à garder une chose à Paul que j'ai pris pour Jean; car c'est moins la personne de Paul que j'ai prise en considération, quand par erreur je lui ai donné une chose à garder, que celui à qui je l'ai effectivement confiée, quel qu'il fût. Par la même raison, l'erreur du dépositaire sur la personne qui lui a fait le dépôt, croyant que c'était Paul, tandis que c'était Jean, ne fait point obstacle au contrat de dépôt, attendu que dans ce cas l'erreur ne tombe point sur une chose essentielle à ce contrat.

11. Comme le but principal que se proposent les parties dans le contrat de dépôt, est la garde

de la chose, il suit de là que le dépositaire ne la *possède* pas civilement, ainsi qu'un créancier possède le gage qui lui a été remis ; il la détient seulement : le déposant continue de la posséder par son ministère.

12. Et puisque le but principal du contrat de dépôt est la garde de la chose remise à ce titre, il n'y aurait pas dépôt, mais quelqu'autre contrat, dans le cas où les parties se seraient principalement proposé, par leur convention et la remise d'un objet, quelqu'autre but que la simple garde, quand bien même elle se trouverait secondairement comprise dans les obligations de celui à qui la chose serait confiée, ainsi que cela a lieu souvent dans le cas d'un mandat, et dans d'autres cas encore ; ce serait un mandat ou une autre espèce de contrat, selon les circonstances du fait ; car, dit le jurisconsulte Ulpien dans la Loi 8, *pp.* ff. *Mandati*, c'est toujours au but principal que se sont proposé les parties en traitant, qu'il faut s'attacher : *uniuscujusque contractus initium spectandum est.* De là si je confie des pièces à un avoué pour me défendre dans un procès où je suis engagé, ce n'est point un dépôt, mais un mandat, parce que le but principal que je me suis proposé n'était point la garde de ces pièces, mais ma défense dans ce procès. Au lieu que si c'eût été pour garder ces pièces sans en faire usage, que je les eusse confiées à cet avoué,

ou à tout autre, ç'aurait été un dépôt, et non un mandat.

13. De même, si je remets de l'argent à quelqu'un pour le porter à mon créancier, c'est un mandat plutôt qu'un dépôt, même dans le cas où j'aurais dit à cette personne que si elle ne trouvait pas mon créancier chez lui, ou si celui-ci ne voulait pas recevoir son paiement, elle garderait l'argent entre ses mains jusqu'à nouvel avis de ma part; car la garde de cet argent, pour le cas où il ne serait pas compté à mon créancier, n'était qu'une chose secondaire et subsidiaire : l'objet principal du contrat était le fait de porter la somme chez mon créancier, de me représenter dans le paiement que je voulais faire à celui-ci (1).

14. Ainsi encore, lorsque je charge quelqu'un de recevoir pour moi une certaine somme de mon débiteur, même avec charge de garder les deniers par devers lui jusqu'à nouvel avis de ma part, ce n'est point un contrat de dépôt, mais bien plutôt un contrat de mandat, la charge de recevoir étant le but principal que je me suis proposé : *est prior contractus*, dit Ulpien sur ce cas (2).

C'est d'après ces principes que la Cour de cas-

---

(1) L. 1, § 12, ff. *Depositi vel contrà.*
(2) L. 1, § 13, *dicto titulo.*

sation a jugé, par arrêt du 20 mai 1814 (1), que celui qui avait reçu des lettres de change pour en faire le recouvrement au compte de celui qui les lui avait remises, devait être considéré comme mandataire, et non comme dépositaire.

15. Au surplus, lorsque le but principal du contrat est la garde de la chose, la circonstance que celui à qui elle est remise à titre de dépôt aurait quelque chose à faire, ne change point la nature du contrat : par exemple, dans le cas du dépôt d'un cheval, auquel le dépositaire doit donner des soins et la nourriture.

16. Avant la loi du 28 avril 1832, modificative du Code pénal actuel, la distinction avait surtout une grande importance. En effet, d'après l'article 408 du Code pénal, combiné avec l'article 406 du même Code, l'abus de confiance commis par un dépositaire est puni d'un emprisonnement de deux mois au moins et de deux ans au plus, et d'une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts dus à la partie lésée, ni être moindre de vingt-cinq fr.; tandis que ni cet article ni aucune autre disposition ne portait de semblables peines contre l'abus de confiance commis par un mandataire dans l'exécution du mandat, s'il n'y avait pas eu de salaire

(1) Sirey 1814 1-149.

stipulé. Mais, d'après la loi précitée, l'article 408 dudit Code porte les mêmes peines contre « qui« conque a détourné, au préjudice des proprié« taires, possesseurs ou détenteurs, des effets, de« niers, marchandises, billets, quittances ou tous « autres écrits contenant ou opérant obligation « ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à « titre *de louage, de dépôt, de mandat*, ou *pour un* « *travail salarié* ou *non salarié*. Et si l'abus de « confiance a été commis par un domestique, « homme de service à gages, élève, clerc, com« mis, ouvrier, compagnon ou apprenti, au pré« judice de son maître, la peine sera celle de la « réclusion. »

17. Aucune disposition du Code civil ne prononce la contrainte par corps contre le mandataire infidèle : seulement le Code de procédure, article 126, permet aux juges de la prononcer, en matière civile, pour dommages-intérêts au-dessus de trois cent fr.; tandis que l'article 1945 du Code civil, en disant que le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession, présuppose par cela même qu'il est contraignable par corps. Mais c'est un point que nous aurons à expliquer plus bas, en analysant cet article.

18. En général, le dépositaire est seulement tenu d'apporter à la garde et à la conservation de la chose déposée, les mêmes soins que ceux qu'il

apporte à la conservation de ses choses propres ; au lieu qu'un mandataire étant censé, en se chargeant d'une affaire qui demande une certaine habileté, promettre cette même habileté, est généralement responsable des fautes qu'il a commises dans l'exécution du mandat, quand bien même ce serait un homme inhabile et négligent de sa nature, et qu'il aurait commis les mêmes fautes par rapport à ses propres affaires ou à sa propre chose. Et cette responsabilité s'applique encore avec plus de rigueur au mandataire qui reçoit un salaire.

19. La loi n'interdit pas à un mandataire d'opposer au mandant la compensation de ce qu'il lui doit à raison du mandat, tandis que l'article 1293 défend au dépositaire de l'opposer au déposant à raison du dépôt, et il existe encore quelques autres différences entre ces deux contrats.

20. Celui de dépôt est essentiellement gratuit (art. 1917), autrement ce serait un louage de service, ou une autre espèce de contrat, selon que le prix convenu pour la garde de l'objet consisterait en argent ou en autre chose.

A la vérité, l'article 1928 suppose, 1° que le dépôt peut avoir lieu aussi dans l'intérêt du dépositaire, bien mieux dans l'intérêt du dépositaire seulement, ce qui ne peut guère s'accorder avec l'idée d'un contrat essentiellement gra-

tuit; et 2° le même article suppose aussi que le dépositaire a pu stipuler un salaire, ce qui en fait alors aussi un contrat intéressé de part et d'autre; mais c'est que dans ces cas, surtout dans le dernier, le dépôt a quelque chose d'irrégulier, et dans l'article 1917 on a eu en vue les cas d'un dépôt régulier, le dépôt dans les cas ordinaires, et *de eo quod plerùmque fit statuit legislator.*

21. Le contrat de dépôt, comme ceux de commodat et de mandat, est du nombre des contrats que Pothier appelait *synallagmatiques imparfaits*, pour dire que les deux parties peuvent bien se trouver obligées l'une envers l'autre, mais que les obligations de l'une et de l'autre ne résultent pas nécessairement et immédiatement du contrat; que celles de l'une d'elles ne résultent que d'un fait postérieur au contrat. En effet, le dépositaire est bien obligé envers le déposant par le fait même du contrat, c'est-à-dire par la réception de la chose, mais le déposant ne le sera envers le dépositaire qu'autant que celui-ci aura fait quelque dépense à l'occasion du dépôt : son obligation ne résultera que d'un événement ultérieur. Au lieu que dans les contrats parfaitement synallagmatiques, dans la vente, par exemple, chacun des contractans est obligé dès le principe, par le fait même du contrat : le vendeur, à livrer la chose, et l'acheteur à en payer le prix. C'est d'après ces principes que les jurisconsultes romains distin-

guaient les actions qui naissent du contrat de dépôt, en action *depositi directa*, et en action *depositi contraria* : la première était donnée au déposant ou à son héritier contre le dépositaire ou son héritier; et la seconde compétait au dépositaire ou à son représentant contre le déposant ou son représentant.

22. Suivant le Code, le dépôt proprement dit ne peut avoir lieu que de choses mobilières (art. 1918); tandis que le séquestre peut avoir lieu aussi bien de choses immobilières que d'objets mobiliers.

Si donc je charge quelqu'un de la garde de mes immeubles, c'est plutôt un mandat qu'un dépôt, parce que la garde d'immeubles exige autre chose qu'une simple surveillance : il faut, si ce sont des fonds, les visiter, et, le plus souvent, les faire cultiver; si c'est une maison, il faut donner de l'air aux appartemens, etc. Du reste, la simple remise des clés d'une maison constitue un véritable dépôt, mais si la personne doit aller dans la maison pour y faire quelque chose, même simplement pour la visiter de temps à autre, il y a plutôt mandat que dépôt, et la remise des clés est seulement une chose secondaire au contrat de mandat, pour en faciliter l'exécution.

Le Droit romain n'offre pas de textes positifs sur le point de savoir si l'on peut faire le dépôt d'immeubles; on en trouve seulement sur le

commodat de biens de cette nature (1); mais quelques auteurs (2) tirent argument de ces textes, pour décider qu'on peut aussi bien confier des immeubles à titre de dépôt que des meubles. Ils n'ont point été touchés de ce que le plus ordinairement il y a quelque chose à faire dans la garde des immeubles; car, disaient-ils, cela n'a pas toujours lieu, et puis, dans la garde des choses mobilières, il y a bien aussi par fois quelque chose à faire par le dépositaire pour garder la chose; par exemple, si l'objet du dépôt est un animal, il faut bien que le dépositaire lui donne des soins, la nourriture; tandis que s'il s'agit d'un bois, d'un pacage, il n'y aura simplement qu'à le surveiller, pour que des tiers n'y causent pas de dégât, ou n'y envoient pas paître leurs bestiaux : d'où ces jurisconsultes concluaient que le dépôt peut avoir lieu aussi bien d'immeubles que de meubles.

Le Code en a décidé autrement, et si, dans l'article 125, il qualifie de *dépôt* l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent, c'est pour dire que le mandat judiciaire dont il s'agit aura les caractères du dépôt, afin de limiter l'étendue des pouvoirs des envoyés en possession, et de les rendre responsables comme des dépositaires.

---

(1) L. 1, § 1, ff. *Commodati vel contrà.*

(2) Notamment Voët, *ad Pandectas*, tit. *Depositi vel contrà*, n° 5 et les Professeurs de Louvain, *Recitationes ad Pandectas*, tit. *Depositi vel contrà.*

23. On peut bien donner à dépôt toute espèce de choses mobilières, de l'argent, des denrées, des meubles meublans, des titres, etc.; mais, pour qu'il y ait réellement dépôt, il ne faut pas, lorsqu'il s'agit de numéraire ou autres choses fongibles, qu'elles soient livrées pour que celui qui les reçoit en devienne propriétaire, à la charge seulement d'en rendre autant de même nature et bonté; car alors ce serait un prêt de consommation, et non un dépôt, et les risques seraient à sa charge; au lieu que dans le dépôt, ils sont à la charge de celui qui confie les choses, et il existe encore bien d'autres différences dans les effets de ces deux contrats.

Le dépôt est donc d'un objet certain, et non d'une quantité : c'est la chose même qui doit être restituée en nature (art. 1915); au lieu que dans le prêt, l'emprunteur doit seulement restituer une même quantité de choses de même espèce et en même qualité, les mêmes ou d'autres, n'importe.

24. Toutefois, rien n'empêche qu'en vous faisant un dépôt d'argent, de blé ou d'autres choses qui se consomment par l'usage, je ne vous autorise à vous en servir, si cela vous convient, si vous en avez besoin (art. 1930). C'est le cas littéralement prévu à la loi 1re, § 34 ff *Depositi*; mais le jurisconsulte a soin de dire que le contrat, d'abord dépôt, deviendra prêt du moment où ce-

lui qui a reçu les choses les emploiera à son propre usage. Dès ce moment, en effet, elles sont à ses risques; tandis qu'auparavant elles étaient aux risques de celui qui les lui a remises.

Tels sont les caractères généraux du contrat de dépôt : nous allons maintenant en développer les effets.

CHAPITRE II.

Du dépôt volontaire.

SOMMAIRE.

25. *Division du chapitre.*

25. Sur le dépôt volontaire, nous aurons à voir, dans une première Section, les règles relatives à sa formation et à la preuve du contrat;

Dans une seconde, les obligations du dépositaire;

Et dans une troisième, les obligations du déposant.

SECTION PREMIÈRE.

Règles sur la formation du dépôt volontaire, et sur la preuve du contrat.

§ Ier.

De la formation du dépôt volontaire.

SOMMAIRE.

26. *Le dépôt volontaire exige le consentement réciproque des parties, à la différence du séquestre ordonné par justice.*

27. *S'il est nécessaire, pour que le dépôt puisse être régulièrement fait, que le déposant soit propriétaire de la chose déposée.*

26. Le dépôt volontaire se forme par le consentement réciproque de la personne qui fait le dépôt et de celle qui le reçoit (art. 1921); c'est-à-dire que, à la différence du dépôt nécessaire, le déposant fait librement le dépôt, sans y être forcé par quelqu'accident de force majeure, et qu'il choisit avec liberté d'esprit la personne à laquelle il le confie. Du reste, le dépôt nécessaire lui-même ne se forme pas moins par le consentement des parties, car sans cela il n'y aurait pas de contrat, et ce dépôt est bien aussi un contrat. Et, comme il a été dit plus haut, pour qu'il y ait dépôt, il faut qu'une chose soit remise à ce titre, si celui à qui on veut la confier n'en est pas déjà détenteur à quelqu'autre titre.

27. Suivant l'article 1922, le dépôt volontaire ne peut régulièrement être fait que par le propriétaire de la chose déposée, ou de son consentement exprès ou tacite.

Mais, d'abord, on ne peut apercevoir aucune différence à cet égard entre le dépôt nécessaire et le dépôt volontaire.

En second lieu, on a toujours regardé comme très-régulier le dépôt de la chose d'autrui fait sans le consentement du propriétaire; cela n'a

jamais fait de doute dans le Droit romain. En effet, le dépôt n'a pas pour objet de conférer la propriété de la chose au dépositaire, ni même la simple jouissance; il a seulement pour objet la garde de la chose; or, pour avoir intérêt à cela, il n'est pas nécessaire d'en être propriétaire. Le dépositaire lui-même peut fort bien confier à un autre la chose qu'il a reçue à ce titre, et l'action *régulière* de dépôt résultera incontestablement de ce contrat. Ce ne sera pas comme propriétaire qu'il redemandera la chose, ce sera comme déposant, en vertu de la remise qu'il en a faite et de la foi qui lui a été promise. D'ailleurs le Code lui-même ne veut pas que le dépositaire puisse exiger du déposant la preuve que celui-ci est propriétaire de la chose (art. 1938); et dans le cas même où il a découvert qu'elle a été volée, et qu'il connaît le propriétaire, il est obligé de la rendre au déposant, si le propriétaire ne la retire pas dans un délai déterminé et suffisant, après la sommation qu'il a dû lui faire (*ibid*); preuve bien évidente que le dépôt de la chose d'autrui produit entre les parties les obligations qui résultent d'un véritable contrat de dépôt.

On ne peut donc avoir voulu dire autre chose par l'article 920, si ce n'est que, dans le cas où le dépôt de la chose d'autrui a eu lieu sans le consentement exprès ou tacite du propriétaire, si celui-ci se présente et réclame sa chose,

comme c'est à lui qu'elle doit être restituée de préférence, le dépositaire, par cela même, se trouve dégagé envers le déposant, comme s'il n'y avait pas eu de dépôt.

§ II.

De la preuve du dépôt volontaire.

SOMMAIRE.

28. *La preuve par témoins d'un dépôt d'une valeur au-delà de cent cinquante francs, n'est point admissible en principe.*
29. *Quand le dépôt au-dessus de cette somme n'est point prouvé par écrit, le dépositaire en est cru sur son affirmation sur tout ce qui est relatif à la demande ; mais le serment peut lui être déféré.*
30. *La preuve par témoins du fait d'un dépôt au-dessus de* 150 *fr., n'est pas plus recevable devant les tribunaux correctionnels, sur une plainte en abus de confiance, que devant les tribunaux civils.*
31. Secùs *s'il y a un commencement de preuve par écrit.*
32. *Il n'est pas nécessaire de faire l'acte de dépôt sous seing privé en double original, mais l'acte sous seing privé qui en contient la reconnaissance est soumis à l'application de l'article* 1326.

28. La position respective des parties au moment du contrat semblerait devoir l'affranchir de l'application de la règle que la preuve testimoniale n'est pas admise pour toute chose excédant cent cinquante francs; car il paraît peu bienséant de demander une reconnaissance par écrit à celui de qui l'on sollicite un service; mais

comme la fraude eût trouvé un moyen facile d'arriver à ses fins, sous le prétexte d'un dépôt, la loi veut aussi que le dépôt volontaire soit prouvé par écrit, lorsque la valeur de la chose excède cent cinquante francs; la preuve testimoniale n'en est point reçue, pour valeur excédant cette somme (art. 1923 et 1341).

29. Et lorsque le dépôt au-dessus de cette somme n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit enfin pour le fait de la restitution (art. 1924). C'est l'application du principe que l'aveu est indivisible (art. 1356).

Mais cette déclaration peut être exigée avec serment, déféré par le demandeur, car le serment décisoire peut être déféré sur quelqu'espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1358 et 1360).

Il paraît toutefois résulter d'un arrêt de Cassation, du 1er juillet 1806, que le fait de la non-restitution d'un dépôt avoué ne peut être, il est vrai, prouvé par témoins sans un commencement de preuve par écrit de ce même fait, mais qu'il peut l'être avec ce commencement de preuve. La somme de 494 fr., restant d'une au-

tre somme plus forte provenant d'un remboursement plus considérable, fut laissée en dépôt volontaire par le sieur Massé entre les mains du sieur Panié, notaire. Par suite de poursuites dirigées contre Massé, celui-ci réclama le dépôt de Panié, qui déclara qu'il n'avait aucuns fonds appartenant à Massé. Cité en justice, Panié soutint qu'il avait rendu à Massé le montant du dépôt. Massé posa en fait que le 29 vendémiaire an X, Panié avait déclaré que ce n'était pas à lui qu'il avait fait cette remise. Le tribunal de Louviers en admit la preuve par témoins, et ensuite condamna Panié sur le fond; mais sur le pourvoi en cassation formé par celui-ci, ce jugement a été annulé par les motifs suivans :

« Vu l'article 2 du titre XX de l'ordonnance de « 1667; considérant que la prohibition de la « preuve testimoniale, portée par cette disposi- « tion, s'applique également et au dépôt volon- « taire, et à sa restitution;

« Considérant, dans l'espèce, qu'il n'est point « établi, par le jugement interlocutoire du 25 « nivôse an XII, *qu'il y avait un commencement « de preuve écrite de la non-restitution du dépôt vo- « lontaire*, réclamé à une personne capable de le « recevoir;

« Que les déclarations judiciaires du deman- « deur sont toutes uniformes, et que la dissem- « blance des déclarations antérieures avec celles- « ci, outre qu'elle ne donne aucun soupçon de

« dol ou de fraude, ne présente pas le commen-
« cement de preuve écrite qu'exige la loi, qui,
« d'ailleurs laissait aux juges le pouvoir de défé-
« rer le serment;

« Par ces motifs la Cour casse le jugement in-
« terlocutoire, et par suite le jugement définitif. »

Quoique cet arrêt ait été rendu sur une espèce née antérieurement au Code civil, il est bien certain néanmoins que la même question, d'après l'article 1924, devrait être décidée de la même manière sous l'empire du Code.

30. Le principe que la preuve testimoniale n'est pas admise pour établir l'existence d'un dépôt excédant la valeur de cent cinquante francs, reçoit son application aussi bien au cas où le prétendu déposant prendrait la voie correctionnelle, pour abus de confiance, qu'au cas où il réclamerait devant les tribunaux civils, bien que en matière de délit, ce genre de preuve soit admis sans restriction ni condition; car avant d'établir l'abus de confiance dont on se plaint, il faut d'abord établir le dépôt, et la loi n'en permet pas la preuve par témoins pour valeur excédant cent cinquante francs. Autrement rien ne serait plus facile que d'en éluder la disposition. Les tribunaux correctionnels saisis d'une plainte en violation de dépôt ou d'abus de confiance doivent donc surseoir à statuer jusqu'à ce que le fait même du dépôt ait été justifié devant les tribunaux civils.

Voyez, sur ce point, ce que nous avons dit au tome XIII, n° 312, où nous citons des arrêts de Cassation conformes à cette décision.

31. Toutefois, ces arrêts ont été rendus dans des espèces où il n'existait point de commencement de preuve par écrit du fait du dépôt excédant cent cinquante francs, et ils ont positivement fait mention de cette circonstance, faisant clairement entendre par là que la preuve par témoins eût été recevable pour établir le dépôt et l'abus de confiance, s'il y avait eu un commencement de preuve par écrit du fait de dépôt, et qu'ainsi le tribunal de police correctionnelle saisi de la plainte d'abus de confiance aurait été compétent pour connaître de ce fait, et appliquer en conséquence les peines portées par le Code pénal pour abus de confiance. Il en serait de même si la partie poursuivie avouait le dépôt. En un mot, c'est la constatation du dépôt par la seule preuve testimoniale, quand ce dépôt excède cent cinquante francs, qui sort de la compétence du tribunal correctionnel.

Ainsi, soit devant le tribunal correctionnel, soit devant le tribunal civil, s'il y a un commencement de preuve par écrit du dépôt, la preuve par témoins est recevable pour l'établir; car les articles 1923 et 1924 ne sont que l'application au dépôt volontaire, du principe général consacré par l'article 1341, qui prévoit lui-même le cas

de dépôt de cette nature; or, l'article 1347 fait exception à la règle générale, pour le cas où il existe un commencement de preuve par écrit. En sorte que l'on doit tenir pour certain que la preuve testimoniale est admissible pour établir l'existence d'un dépôt d'une valeur excédant cent cinquante francs, s'il y a un commencement de preuve par écrit, soit que l'action soit purement civile, soit qu'elle soit portée devant les tribunaux correctionnels, pour abus de confiance.

32. L'acte qui constate le fait du dépôt n'a pas besoin d'être fait en double original, parce que le contrat n'est point parfaitement synallagmatique. Il suffit même d'une simple reconnaissance, encore que le dépositaire eût stipulé un salaire, ainsi que l'article 1928 suppose que cela peut avoir lieu; car, bien qu'en ce cas le contrat prenne le caractère des contrats intéressés de part et d'autre, néanmoins c'est toujours un contrat synallagmatique imparfait, puisque le déposant peut retirer la chose à l'instant même, auquel cas assurément il ne serait pas tenu de payer le salaire. D'ailleurs, la détention de la chose suffit au dépositaire pour pouvoir se faire payer du salaire convenu, lorsque le déposant, en vertu de la reconnaissance dont il est porteur, viendra réclamer le dépôt; ce qui rend inapplicable l'article 1325. Mais si l'acte n'est pas écrit en entier de la main du dépositaire, il doit con-

tenir un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme ou la quantité de choses remises en dépôt, conformément à l'article 1326; sauf les exceptions exprimées à ce même article, et résultant de la qualité du dépositaire (1).

§ III.

De la capacité des parties.

SOMMAIRE.

33. *Régulièrement le dépôt ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter; modification pour le cas d'un dépôt fait par une personne capable à une personne incapable.*
34. *Autre modification pour le cas inverse.*
35 *Cas susceptible de difficulté d'après le Code.*

33. Régulièrement le dépôt ne peut avoir lieu qu'entre personnes capables de contracter.

Néanmoins, si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire; elle peut être pour-

---

(1) Voyez l'arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1814, que nous avons déjà eu occasion de citer en parlant des actes sous seing privé, tome XIII, n° 171. Cet arrêt a, de plus, jugé que, lorsque l'acte de dépôt fait à un incapable est nul en la forme, il n'y a pas lieu d'examiner si le dépôt a profité ou non à l'incapable. Mais nous ne saurions admettre cette doctrine dans les cas où le dépôt pourrait être constaté par une autre voie.

suivie par le tuteur ou administrateur de la personne qui a fait le dépôt (art. 1925).

34. Si le dépôt, au contraire, a été fait par une personne capable à une personne incapable, la personne qui a fait le dépôt n'a, suivant l'article 1926, que l'action en revendication de la chose déposée, tant qu'elle existe dans la main du dépositaire, ou une action en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au profit de ce dernier.

Ainsi, dans le cas où le dépositaire incapable n'aurait pas apporté à la conservation de la chose déposée les soins que doit apporter un dépositaire, il ne serait point tenu de sa faute, l'action de dépôt n'ayant point lieu contre lui.

35. Mais si un mineur déjà doué de discernement avait reçu un dépôt et avait fait périr la chose par malice, ou l'avait détournée ou dissipée par fraude, il serait, suivant nous, tenu de ce fait, sinon en vertu du contrat de dépôt, du moins à raison de son dol. C'est ce que décidaient les lois romaines, et il nous paraît juste et raisonnable d'en appliquer les dispositions à ce cas. Ulpien, dans la loi 1re, § 15, ff. *Depositi vel contrà*, suppose qu'un dépôt a été fait à un pupille *jam capax doli*, sans l'autorisation de son tuteur, et que ce pupille a commis une fraude relativement à la chose déposée : le jurisconsulte

décide que le pupille peut être poursuivi à raison de ce fait, comme il pourrait l'être s'il avait profité de la chose, quoiqu'il n'eût commis aucun dol. C'est aussi la décision de Cujas (1) et de Voët (2).

Les mineurs, en effet, ne sont pas restituables relativement aux obligations qui résultent de leurs délits ou de leurs quasi-délits (art. 1310); or, ici il y a délit, l'abus de confiance en est un. L'article 1926 ne s'explique que sur l'effet du contrat de dépôt, et ici il s'agit dans l'espèce de l'effet d'un délit. A plus forte raison en serait-il ainsi s'il s'agissait d'un dépôt nécessaire.

M. Delvincourt dit bien que si le mineur dépositaire a commis un abus de confiance, et qu'il ait agi avec discernement, il pourra être condamné aux peines portées par l'art. 408 du Code pénal, parce que, dans ce cas, il y a délit, et que le mineur, dit-il, n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit; mais cet auteur ne donne d'action civile contre le mineur qu'autant qu'il a encore la chose ou qu'il en a profité. Cela ne nous paraît pas conséquent, car ce n'est pas relativement à la peine que peut mériter un mineur que la loi dit qu'il n'est pas restituable contre les obligations résultant de

---

(1) *Lib.* XXIX *Pauli ad Edictum, sur la L.* 2 *Commodati.*

(2) *Ad Pandectas,* tit. *Depositi vel contrà*, n° 5.

son délit; c'est par rapport à ces obligations elles-mêmes, et ce sont évidemment des obligations civiles. Dès que l'on reconnaît qu'il y a délit, il y a une action civile pour la réparation du tort causé par ce délit. Il nous paraîtrait plus conséquent de dire que le mineur est censé, dans ce cas, n'avoir pas commis de délit, mais cela répugnerait à la raison, lorsqu'il a réellement agi avec discernement dans le fait qu'on lui reproche, ainsi qu'on le suppose.

Objecterait-on, et c'est assurément l'objection la plus forte qu'on puisse faire, objecterait-on que c'est la faute du déposant de s'être confié à un mineur; qu'il lui a fourni lui-même l'occasion de commettre le fait dont il se plaint? Mais nous répondrions qu'on pourrait dire la même chose, dans le même cas, à celui qui a fait un dépôt entre les mains d'une personne capable qui l'a frauduleusement détourné ou dissipé, et cependant il a contre elle une action en dommages-intérêts devant les tribunaux correctionnels à raison de ce fait, comme il en a une devant les tribunaux civils à raison du contrat de dépôt. Il ne faut d'ailleurs pas beaucoup de discernement dans un mineur pour savoir qu'il ne doit ni détruire ni détourner la chose qui lui a été confiée. Pourquoi donc enfin les jurisconsultes romains avaient-ils admis la doctrine que nous professons, non-seulement à l'égard d'un *mineur*, mais même à l'égard d'un pupille, c'est-

à-dire d'une personne qui n'avait pas quatorze ans, lorsque d'ailleurs il avait agi avec discernement? Les taxera-t-on d'exagération? Cependant ils étaient bien favorables aux mineurs, et surtout aux impubères.

SECTION II.

De l'obligation du dépositaire.

SOMMAIRE.

36. *Division de la section.*

36. Le dépositaire a deux obligations principales à remplir :

1° Celle de garder la chose;

2° Celle de la rendre au déposant lorsque celui-ci la lui redemandera.

§ Ier.

De l'obligation de garder la chose.

SOMMAIRE.

37. *Le dépositaire doit apporter à la garde de la chose les mêmes soins qu'il apporte à la conservation de ses propres choses : Droit romain sur ce point.*

38. *Suite de la proposition précédente.*

39. *Divers cas dans lesquels la responsabilité du dépositaire, quant aux fautes, est plus étroite.*

40. *En aucun cas le dépositaire n'est tenu des événemens de force majeure arrivés sans sa faute.*

41. *Le dépositaire ne doit pas se servir de la chose sans la permission expresse ou tacite du déposant.*

42. *Il ne doit pas chercher à connaître quelles sont les choses déposées, si elles lui ont été remises cachetées ou fermées dans un coffre.*

37. Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (art. 1927.

On a suivi la décision de Celse, dans la loi 33 ff. *Depositi*, où il dit que le dépositaire n'apporterait pas à l'exécution du contrat la bonne foi qu'il doit y apporter, s'il ne mettait pas à la conservation de la chose déposée autant de soins qu'il en met à la conservation de ses propres choses : *nec enim salvâ fide minorem iis, (depositis) quàm suis rebus, diligentiam præstabit.*

Ulpien, dans la loi 5, § 2, ff. *Commodati*, considérait le dépositaire comme étant seulement responsable de son dol (et de sa grande faute, qui, dans les contrats, est assimilée au dol) (1); de sorte que quand bien même il aurait été plus diligent à conserver ses propres choses que celle qui lui avait été confiée, il n'eût pas été responsable de la perte ou de la détérioration, si elle n'avait pas eu lieu par une grave faute de sa part. On n'estimait pas, dans ce système, la faute du dépositaire dans le sens *concret*, mais bien dans

(1) L. 226, ff. *de Verb. signif.* Voyez d'ailleurs L. 1, § 5, ff. *de Oblig. et act.*, et L. 1, Cod. *Depositi.*

le sens *abstrait;* et il n'était tenu que de la faute grave, du moins de droit commun.

Justinien, dans ses Institutes, paraît avoir suivi le sentiment d'Ulpien; il s'exprime ainsi au titre *Quib. mod. re contrah. oblig.* § 3 : *Sed is (depositarius) ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit : culpæ autem nomine, id est desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parùm diligenter custoditam rem furto amiserit : quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati id imputare debet.*

La disposition du Code civil ne permet plus la controverse à ce sujet : le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent, mais il n'en doit pas davantage. Tel est le principe.

38. Mais *quid* si, ne pouvant, dans un incendie, un pillage, sauver qu'une chose, il a préféré conserver la sienne? D'une part, il est vrai de dire qu'il n'a pas apporté à la garde ou à la conservation de la chose déposée autant de soin qu'il en a apporté à la conservation de sa propre chose, et en pareil cas, d'après l'article 1882, un emprunteur à usage serait responsable de la perte de la chose prêtée.

Mais, d'un autre côté, on peut répondre que la loi n'obligeait pas le dépositaire à apporter à la conservation de la chose déposée *plus* de soin qu'à

la conservation de ses propres choses ; or, il en eût plus apporté, s'il eût préféré conserver la chose déposée. Il rend un service, tandis que l'emprunteur en reçoit un : il ne doit donc pas, quant à la responsabilité résultant des fautes, être traité avec la même rigueur que ce dernier. Aussi nous pensons bien que si sa propre chose, qu'il a sauvée, était d'une valeur égale, ou à peu près, à la valeur de la chose déposée, il n'y aurait aucun reproche à lui faire ; mais si elle était d'une valeur bien inférieure, et qu'il eût pu aussi facilement sauver l'autre, on pourrait lui dire qu'il n'a pas agi en ce cas comme un bon père de famille ; qu'il eût dû conserver la plus précieuse, et que c'est ce qu'il aurait fait si les deux choses lui eussent appartenu ; or, il devait apporter à la conservation de la chose déposée tout autant de soin qu'à la conservation de sa propre chose ; il serait donc responsable de la perte. Mais, d'un autre côté, comme le déposant doit l'indemniser de toutes les pertes que lui a occasionées le dépôt (art. 1947), il y aurait à déduire de l'estimation de la chose déposée, la valeur de celle du dépositaire, puisque, sans le dépôt, il eût conservé la sienne, ainsi qu'il l'a fait, et que ce qu'on lui reproche, c'est d'avoir laissé périr celle qui lui avait été confiée, pour conserver la sienne propre. Et on devrait, par la même raison, l'indemniser de la perte de la sienne, s'il l'avait laissée périr pour conserver celle qui lui avait été confiée.

De cette manière on applique, autant que possible, le double principe, que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée autant de soins qu'à la garde de ses propres choses, mais pas davantage, et qu'il doit être indemnisé de toutes les pertes que lui a occasionées le dépôt.

39. Le principe que le dépositaire doit apporter à la garde de la chose déposée les mêmes soins qu'à la conservation de ses propres choses, mais qu'il n'est pas tenu d'en apporter davantage, doit être appliqué avec plus de rigueur au dépositaire dans les quatre cas suivans, c'est-à-dire qu'il ne pourrait, dans ces cas, s'excuser des fautes qu'il aurait commises dans la garde du dépôt, en alléguant qu'il en a commis de semblables à l'égard de ses propres choses; que sa négligence naturelle, habituelle, qui l'excuserait dans les cas ordinaires, ne l'excuserait pas dans ceux dont il s'agit :

1° S'il s'est offert de lui-même pour recevoir le dépôt (art. 1928). Peut-être qu'il a ainsi empêché le déposant de trouver un dépositaire plus soigneux.

2° S'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt (*ibid.*). Dans ce cas, le contrat étant intéressé de part et d'autre, la responsabilité touchant les fautes doit être plus grande, ainsi que nous l'enseigne Ulpien dans la loi 5, § 2, ff. *Commodati vel contrà.*

3° Si le dépôt a été fait uniquement dans l'intérêt du dépositaire (même art. 1928).

4° S'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute (*ib.*).

Il est toutefois difficile de concevoir un dépôt fait *uniquement* dans l'intérêt du dépositaire, ainsi que le suppose cet article 1928 : c'est alors un commodat, ou une autre espèce d'affaire, plutôt qu'un dépôt; car, c'est aux choses et non aux mots, que l'on doit s'attacher : *sermo rei, non res sermoni, subjicitur.* On conçoit, du reste, très-bien qu'un dépôt puisse être fait dans l'intérêt aussi du dépositaire (1); par exemple, lorsque votre intention est de me remettre à dépôt votre cheval, et que je le reçois, avec déclaration de votre part que je pourrai m'en servir pour faire un certain voyage, que je me propose de faire, c'est effectivement plutôt un dépôt qu'un commodat, parce que le but principal que vous vous êtes proposé, c'était la garde du cheval; au lieu que si ce but était uniquement de me rendre un service, parce que vous ne songiez point à faire un dépôt, ce serait réellement un commodat plutôt qu'un dépôt.

---

(1) La loi 4 ff. *de rebus creditis* nous offre l'exemple d'un cas semblable ; et c'est ce cas que les auteurs citent volontiers comme exemple d'un dépôt fait dans l'intérêt du dépositaire seulement ; mais en lisant bien attentivement cette loi, on verra qu'elle statue sur un cas où la convention était aussi dans l'intérêt du déposant.

40. Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas (1), des accidens de force majeure, à moins qu'il n'ait été mis en demeure de restituer la chose déposée (art. 1929).

Et même dans ce cas, il ne serait pas tenu de la perte de la chose, si elle eût dû également arriver chez le déposant, dans la supposition que la chose lui eût été restituée. La disposition de l'article 1302, à cet égard, est générale, et s'applique par conséquent à tous les contrats, sauf les cas où le débiteur, dans quelqu'espèce de contrat que ce soit, a pris sur lui les cas fortuits.

41. Le dépositaire ne doit point se servir de la chose, sans la permission expresse ou présumée du déposant (art. 1930).

Cette permission serait présumée d'après les circonstances, surtout d'après les relations de parenté ou d'amitié qui existeraient entre les parties, et la nature de la chose remise à dépôt; car on présumera plus volontiers, si c'est une paire de flambeaux, une table ou autre meuble peu sujet à se détériorer, que le déposant a consenti à ce que le dépositaire pût s'en servir dans un cas de besoin, que si c'était du linge, des hardes, ou

---

(1) Ainsi même dans l'espèce supposée au n° 3 de l'article 1928, c'est-à-dire le cas où le dépôt a eu lieu *uniquement* dans l'intérêt du dépositaire, celui-ci n'est point tenu des cas fortuits ou de force majeure, s'ils n'ont pas été amenés par quelque faute de sa part. Ce point était toutefois controversé anciennement parmi les auteurs.

autre chose sujette à s'user ou à se détériorer. Et quand il s'agira de numéraire ou autre chose fongible, on présumera très-difficilement que le déposant a consenti tacitement à ce que le dépositaire pût s'en servir, de manière à convertir le contrat de dépôt en contrat de prêt; attendu que si le premier de ces contrats est moins avantageux au déposant, à raison de ce que la perte arrivée par cas fortuit le concerne, tandis que dans le second elle concernerait celui qui a reçu les choses; d'un autre côté, l'action de dépôt est généralement plus avantageuse que celle du prêt, et la novation ne se présume pas (art. 1273).

Au surplus, si le dépositaire a employé les choses à son propre usage ou pour son avantage, par exemple, s'il a placé l'argent déposé, la perte survenue par l'insolvabilité du tiers le concerne indubitablement. Et quand il s'agit d'un meuble, il répond de toute espèce de faute commise pendant qu'il s'en sert, s'il le fait sans la permission du déposant. Il doit au moins être traité, dans ce cas, comme le serait un commodataire. Mais si la permission de se servir du meuble lui a été accordée, expressément ou tacitement, il ne doit répondre que de la faute moyenne commise pendant qu'il s'en sert, et non de la faute très-légère, attendu que, à la différence du commodataire, il rend aussi un service.

42. Il ne doit point chercher à connaître

quelles sont les choses déposées, si elles lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous enveloppe cachetée (art. 1931).

Et si, dans ce cas, le déposant lui a fait connaître quelles étaient ces choses, il ne doit point les faire connaître à d'autres.

§ II.

De l'obligation de rendre la chose déposée ainsi que les fruits, si elle en a produit.

SOMMAIRE.

43. *Le dépositaire doit rendre la chose même qu'il a reçue : conséquence.*
44. *Si le dépôt s'est depuis transformé en prêt, on suit, quant à la restitution, les règles du prêt.*
45. *Quand il s'agit de dépôt d'espèces monnayées, on doit, en général, faire un bordereau ou état des espèces.*
46. *Dans quel état le dépositaire est tenu de rendre la chose.*
47. *Ce qu'il doit restituer lorsque la chose lui ayant été enlevée par force majeure, il a reçu un prix à la place.*
48. *Ce que doit restituer son héritier qui a vendu la chose dans l'ignorance qu'elle avait été déposée chez le défunt; si le déposant a action contre le tiers détenteur.*
49. *Le dépositaire doit restituer les fruits que la chose a produits chez lui.*
50. *En principe, le dépositaire ne doit pas l'intérêt des sommes déposées, si ce n'est du jour où il a été mis en demeure de restituer le dépôt.*
51. *Comment il peut être constitué en demeure.*
52. *Cas dans lequel le dépositaire devrait les intérêts avant même d'avoir été mis en demeure.*

cription, même de cette durée, pour prétendre être devenus propriétaires de la chose ; conséquence.

43. Le dépositaire doit rendre la chose même qu'il a reçue.

Ainsi, le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution des espèces (art. 1932).

Et cela, soit que les espèces aient été comptées sur table, soit qu'elles aient été remises dans un sac cacheté.

44. Mais si, lors du contrat, ou depuis, le déposant a autorisé le dépositaire à se servir des espèces, dans le cas où il en aurait besoin, le dépôt, suivant ce que nous avons dit plus haut, étant ainsi transformé en prêt du moment que le dépositaire a employé les espèces à son propre usage, alors c'est l'article 1895 qui devient applicable, et en conséquence le débiteur doit rendre une somme égale à celle que formaient les espèces au moment où il les a employées, ni plus ni moins.

Et si c'est d'une manière absolue que le déposant et le dépositaire sont convenus, depuis le contrat, que le premier emploierait les espèces à ses propres besoins, le dépôt, dès ce moment, a été transformé en prêt, et le débiteur doit restituer la valeur numérique que formaient les es-

pèces à cette époque, quand bien même il ne les aurait employées que plus tard.

Les décisions ci-dessus recevraient toutefois une modification dans le cas où il aurait été convenu que le dépositaire, devenu emprunteur, rendrait une pareille quantité de pièces de mêmes espèces que celles qu'il a reçues : car, ainsi que que nous l'avons démontré au tome précédent, n° 577 (1), rien n'empêche de prêter, même à prêt de consommation, une certaine quantité de pièces de monnaie considérées, non *ut summa, sed tanquàm corpora*, comme nombre; et c'est alors ce même nombre de mêmes espèces qui doit être restitué.

45. Pour que l'article 1932 reçoive facilement son application, on sent que les parties doivent spécifier dans l'acte de dépôt, ou dans un bordereau séparé, la nature et la quantité des espèces déposées. Si l'on fait un bordereau séparé, il doit être signé du dépositaire; mais il n'est pas nécessaire qu'il le soit aussi par le déposant, à qui il est remis.

46. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose déposée que dans l'état où elle se trouve

---

(1) Et aussi au tome XII, n° 93, où nous discutons ce point avec étendue, et où nous combattons Pothier, qui était d'un sentiment contraire.

au moment de la restitution. Les détériorations qui ne sont pas survenues par son fait sont à la charge du déposant. (Art. 1933).

47. Le dépositaire auquel la chose a été enlevée par une force majeure, et qui a reçu un prix ou quelque chose à la place, doit restituer ce qu'il a reçu en échange (art. 1934).

43. Et l'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose dont il ignorait le dépôt, n'est tenu que de rendre le prix qu'il a reçu, ou de céder son action contre l'acheteur, s'il n'a pas encore touché le prix (art. 1935).

Il était juste qu'il ne fût pas victime de son ignorance du dépôt fait entre les mains de son auteur.

S'il y avait quelqu'action en nullité de cette vente, le déposant pourrait également se la faire céder.

La cession de l'action contre l'acheteur se fait par un simple mandat, donné par l'héritier du dépositaire au déposant, et d'après lequel celui-ci agit contre l'acheteur à ses périls et risques : il est constitué par là *procurator in rem suam.*

Dans ce cas de vente, faite par l'héritier, de la chose déposée, le déposant n'a pas l'action en revendication contre le tiers acheteur, en supposant celui-ci de bonne foi, c'est-à-dire en supposant qu'au moment où il a acheté la chose, il

gnorait qu'elle appartenait à autrui. En fait de meubles, dans notre Droit, la possession vaut titre (art. 2279). Si cette action avait lieu, le tiers acheteur exercerait son recours en garantie contre l'héritier vendeur, et celui-ci éprouverait un dommage, auquel le Code, conforme en cela au Droit romain, a voulu le soustraire, en ne donnant contre lui, au déposant, qu'une action en restitution du prix de la vente, s'il l'a touché, ou le droit de se faire céder contre l'acheteur l'action en paiement du prix, s'il n'était pas encore payé.

Bien mieux, quand même l'héritier aurait vendu de mauvaise foi la chose déposée, le déposant ne pourrait la revendiquer contre le tiers de bonne foi; la maxime en fait de meubles, la possession vaut titre, protégerait encore ce dernier, ainsi que nous l'avons dit souvent (1); car c'est le fait du déposant qui aurait donné à cet héritier le moyen de tromper le tiers en lui vendant une chose comme lui appartenant. L'article 2279, il est vrai, autorise bien celui auquel il a été volé un objet mobilier, ou qui a perdu cet objet, à le revendiquer, pendant trois ans, contre celui dans les mains duquel il le trouve; mais l'abus de confiance n'est qu'un vol moral, et non un vol légalement parlant; aussi n'est-il point puni

---

(1) Notamment au tome XV, n° 286, où nous discutons la question avec étendue.

des mêmes peines que celles qui sont portées contre l'auteur d'un vol proprement dit.

Et il faut dire la même chose dans le cas aussi où ce serait le dépositaire lui-même qui aurait vendu l'objet du dépôt.

Mais dans tous les cas, si le tiers acheteur était de mauvaise foi, le déposant aurait contre lui l'action en revendication, par argument de l'article 1141.

Si l'héritier du dépositaire avait consommé la chose, dans l'ignorance du dépôt, nous pensons qu'il devrait simplement en payer la valeur qu'elle avait au temps où il l'a consommée, quand même au moment de la demande en restitution elle vaudrait davantage : on devrait assimiler ce cas à celui où il a vendu la chose de bonne foi, cas dans lequel il restitue seulement le prix qu'il en a retiré; ce qui naturellement est supposé être sa valeur au moment où elle est sortie de ses mains.

Dans le cas où le dépositaire, ou son héritier, a vendu de mauvaise foi la chose, et qu'il l'a ensuite rachetée, si elle est venue à périr dans sa main, même par cas fortuit, les lois romaines décidaient qu'il n'était point libéré, attendu que, par le fait seul qu'il en avait disposé de mauvaise foi, il était devenu passible des dommages-intérêts du déposant, et cette obligation, ainsi contractée, quoique non liquidée, n'avait pas pu s'éteindre par la perte d'une chose qui n'en était point l'objet,

mais seulement la cause médiate. Nous croyons cette décision fondée sur les vrais principes.

Du reste, il n'est pas douteux que, si le dépositaire ou son héritier a vendu la chose, qu'il l'ait ensuite rachetée, et qu'il la possède encore, le déposant n'ait le droit de se la faire rendre, même dans le cas où l'héritier l'aurait vendue de bonne foi et l'aurait rachetée plus cher : pouvant la livrer, le motif de la faveur que lui accordait la loi ne se fait plus sentir.

49. Si la chose déposée a produit des fruits qui aient été perçus par le dépositaire, celui-ci est aussi obligé à les restituer (art. 1936).

Par exemple, si c'est une jument qui a été donnée en dépôt, et qu'elle ait mis bas chez le dépositaire, celui-ci doit rendre le poulain, en supposant qu'il ne soit pas venu à périr sans sa faute.

50. Mais comme le dépositaire ne doit pas toucher à l'argent qui lui a été confié, il n'en doit pas l'intérêt, si ce n'est toutefois du jour où il a été mis en demeure de le rendre (*ibid.*).

51. Et aux termes de l'article 1139, un débiteur est mis en demeure, soit par une sommation ou par un autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte, et par la seule

échéance du terme, le débiteur sera en demeure.

A plus forte raison le dépositaire est-il constitué en demeure par une demande en justice; mais cette demande, dans l'esprit et dans les termes de l'article 1936, n'est pas nécessaire pour faire courir les intérêts contre le dépositaire en retard de faire la restitution de l'argent déposé; une simple sommation de restituer suffit pour cela; car cet article porte positivement que le dépositaire doit les intérêts, à compter du jour où il a été mis en demeure de faire la restitution, et un débiteur, suivant l'article 1139 précité, est constitué en demeure par une simple sommation ou autre acte équivalent. Peu importe que, d'après l'article 1153, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts dus à raison du retard dans l'exécution de l'obligation ne consistent que dans les intérêts fixés par la loi, et que ces intérêts ne courent que du jour de la demande en justice (excepté dans les cas où la loi les fait courir de plein droit), car, dans le cas de dépôt, l'obligation ne doit pas être considérée comme une obligation ordinaire de somme, mais bien plutôt comme une obligation de corps certain, quoique ce soit du numéraire.

52. Le dépositaire devrait aussi les intérêts si, en faisant le dépôt, le déposant lui avait permis de se servir de l'argent déposé au cas où il en au-

rait besoin pour telle ou telle opération qu'il projettait, mais avec charge de l'intérêt du jour où il s'en servirait : l'intérêt serait dû à compter de ce jour, suivant la convention. Dès cette époque, le dépôt serait devenu un prêt à intérêt (1). Au lieu que si le déposant, en permettant au dépositaire de se servir des deniers, au cas où il en aurait besoin, n'avait point demandé d'intérêt, il n'en serait point dû, si ce n'est toutefois du jour où le dépositaire aurait été mis en demeure de faire la restitution.

53. Le dépositaire, suivant nous, devrait également les intérêts dans le cas où il n'aurait pas reçu l'autorisation de se servir de l'argent déposé, et qu'il s'en serait servi. Telle est la décision de la loi 4, au Code, à ce titre. Telle est aussi celle de l'article 1946 en matière de mandat, et de l'article 1846 en matière de société ; et la raisoa est au moins égale en matière de dépôt. Cela serait encore bien moins douteux si le dépositaire avait lui-même retiré des intérêts de cet argent, en le plaçant comme sien.

54. D'après la loi 28 ff. à ce titre, les intérêts sont également dus dans cette espèce : Je vous ai écrit que j'étais détenteur de cent écus à vous appartenant, et que, pour qu'ils ne restent pas entre mes mains sans utilité pour vous (c'est-à-

(1) Voyez la loi 24 ff. à ce titre.

dire sans vous rapporter des intérêts), je les porterais en compte à votre profit : les intérêts sont dus en vertu de cette lettre, dit le jurisconsulte Scœvola, soit que j'aie employé les deniers à mes propres besoins, soit que je les aie placés moi-même à intérêt chez des tiers. Il en serait de même dans notre Droit.

55. Le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir (art. 1937).

Il ne doit pas le restituer à celui qui le lui a fait au nom d'un autre; mais, dans le cas d'une simple indication d'un tiers pour recevoir le dépôt, rien n'empêche celui qui l'a fait en son nom de le retirer lui-même. L'indication du tiers étant dans son intérêt, il peut par conséquent renoncer à l'avantage qu'il se proposait d'en tirer. S'il en est autrement dans le premier cas, c'est parce que celui qui a fait un dépôt au nom d'autrui n'est pas le véritable déposant; c'est le tiers qui l'est en réalité; pour lui, il n'a fait que prêter son ministère.

56. S'il existe une saisie-arrêt ou opposition entre les mains du dépositaire, le déposant ne peut exiger la restitution du dépôt tant qu'il ne rapporte pas main-levée de l'opposition (art. 1944); et le dépositaire ne peut le lui remettre

au mépris de cette même opposition. Autrement il serait responsable envers le saisissant ou opposant.

57. Mais s'il veut se décharger du dépôt, il peut, s'il s'agit de numéraire, en faire la remise à la caisse des dépôts et consignations, à la charge de qui il appartiendra; et s'il s'agit d'un objet mobilier, par exemple, d'une glace, comme la loi n'a pas établi de lieu pour le dépôt et la consignation des effets mobiliers, le dépositaire qui veut se décharger du dépôt peut faire ordonner par justice, le déposant et le saisissant appelés, qu'il remettra la chose entre les mains d'un tiers, désigné par le jugement, et le tiers en sera chargé comme gardien ou séquestre.

Quand nous disons que s'il existe une saisie-arrêt ou opposition entre les mains du dépositaire, celui-ci ne peut remettre le dépôt au déposant tant qu'on ne lui rapporte pas main-levée de l'opposition, cela souffre toutefois une modification dans le cas où le saisissant n'aurait pas fait, dans les délais de droit, au dépositaire tiers-saisi, la dénonciation de la demande en validité de la saisie, qu'il a dû former contre le déposant : dans ce cas, la restitution faite par le dépositaire, jusqu'à la dénonciation qui lui serait tardivement faite, serait valable, conformément à l'art. 565 du Code de procédure.

58. Le dépositaire ne peut pas exiger de celui qui a fait le dépôt, la preuve qu'il était propriétaire de la chose déposée (art. 1938).

La disposition contraire eût été une source d'abus. D'ailleurs ce n'est pas sur le droit de propriété que se fonde le déposant pour ravoir la chose, c'est sur la remise qu'il en a faite, sur le contrat de dépôt, sur la foi que le dépositaire lui a promise.

Néanmoins, si le dépositaire découvre que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, il doit dénoncer à celui-ci le dépôt qui lui a été fait, avec sommation de le réclamer dans un délai déterminé et suffisant. Si celui auquel la dénonciation a été faite néglige de réclamer le dépôt, le dépositaire est valablement déchargé par la tradition qu'il en fait à celui duquel il l'a reçu (*ibid.*)

Et il ne doit plus alors se refuser à le restituer, soit parce qu'il y a lieu de croire que l'opinion qu'il avait eue que l'objet du dépôt avait été volé, était erronée, soit parce que, vraisemblablement, le déposant a pris quelque arrangement avec le propriétaire.

La décision ci-dessus serait applicable aussi au cas où la chose déposée aurait été perdue et que le dépositaire aurait connaissance de la perte et connaîtrait aussi le propriétaire : il devrait lui dénoncer le dépôt, avec sommation de le retirer dans un délai déterminé et suffisant. La raison

est absolument la même que dans le cas de vol.

Comme la loi, par des motifs d'équité et d'utilité publique, fait une obligation au dépositaire qui vient à découvrir que la chose a été volée, et quel en est le véritable propriétaire, de dénoncer le dépôt à celui-ci, s'il ne le faisait pas, il serait passible de dommages-intérêts envers lui, à raison du préjudice que lui aurait causé l'inexécution de cette obligation naturelle et légale tout à la fois, sans préjudice des peines portées contre les complices de vol, si le cas y échéait.

Au reste, la dénonciation que le dépositaire doit faire au propriétaire de l'objet volé, avec sommation de retirer la chose dans un délai déterminé et suffisant, ne le dispense pas d'appeler le déposant à la restitution; car il peut avoir été induit en erreur sur le fait du prétendu vol; et il resterait soumis à l'action en restitution du dépôt envers le déposant, s'il ne pouvait ensuite prouver ce fait. D'où il est clair que la prudence lui commande de ne point restituer la chose à celui qu'il croit en être propriétaire, sans avoir préalablement appelé le déposant; et s'il y a contestation sur la propriété de l'objet entre ce dernier et le tiers, le dépositaire doit, avant de le remettre à l'un ou à l'autre, attendre que cette contestation soit vidée par jugement.

59. En cas de mort naturelle ou civile de la personne qui a fait le dépôt (ou au nom de la-

quelle il a été fait), la chose déposée ne peut être rendue qu'à son héritier (art. 1939).

S'il y a plusieurs héritiers et que la chose soit naturellement divisible, comme du numéraire, une certaine quantité de denrées ou de marchandises, elle doit être rendue à chacun pour sa part héréditaire (*ibid.*). En sorte que le dépositaire qui remettrait la totalité du dépôt à l'un des héritiers seulement, sans que celui-ci fût muni de la procuration des autres, ne serait pas libéré envers ceux-ci.

Dans le cas de numéraire remis à dépôt dans un sac cacheté, les lois romaines (1) voulaient que, si les divers héritiers ne se présentaient pas ensemble pour retirer le tout en même temps, on tirât du sac, en présence du magistrat ou de personnes honnêtes, la part de celui qui la réclamait, après quoi le sac était cacheté de nouveau et restait entre les mains du dépositaire, pour la restitution être faite ensuite aux autres héritiers, lorsqu'ils se présenteraient. Chez nous, il conviendrait d'ouvrir le sac devant le président du tribunal, qui le recachetterait après en avoir tiré la part de l'héritier réclamant.

60. Si la chose déposée est matériellement indivisible, comme un cheval, une montre, les

---

(1) L. 1, § 36 ff. *Depositi vel contrà.*

héritiers du déposant doivent s'accorder pour la recevoir (art. 1939) (1).

Si les héritiers ne peuvent parvenir à s'accorder, le dépositaire continue à garder la chose, si cela lui convient; dans le cas contraire, il peut faire ordonner par justice, les héritiers dûment appelés, qu'il la remettra en quelque lieu ou entre les mains d'un tiers désigné par le jugement, aux droits de qui il appartiendra.

61. Si le dépôt a été fait par plusieurs personnes, l'on procède comme il vient d'être dit sur le cas où il a été fait par une seule personne qui est venue à décéder laissant plusieurs héritiers, et avec la distinction entre le cas où la chose est divisible, et le cas contraire. Toutefois, dans le cas même où elle serait parfaitement divisible, s'il a été convenu, lors du dépôt, que chacun des déposans pourrait la retirer, ceux-ci sont comme des créanciers solidaires, et le dépositaire est libéré envers tous par la remise qu'il fait de la chose à l'un ou plusieurs d'entre eux.

62. Si c'est le dépositaire qui est venu à mourir, laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux n'est tenu de l'action de dépôt que pour sa part

---

(1) Cet article dit simplement : *Si la chose est indivisible*, etc.; mais l'on sent qu'il ne s'agit pas ici de l'indivisibilité légale, telle qu'elle est définie par l'article 1217.

héréditaire, soit dans le cas où le dépôt aurait péri par le fait du défunt, soit dans le cas où ils détiendraient en commun la chose.

Mais si l'un d'eux la détient seul, il peut être poursuivi pour le tout en sa qualité de détenteur, et les autres pour leur part héréditaire, en leur qualité d'héritiers.

Et si l'un d'eux a fait périr le dépôt, sans qu'il y ait eu de faute de la part des autres, et avant qu'ils fussent en demeure de le restituer, celui qui l'a fait périr peut être poursuivi pour le tout, à raison de son dol, mais les autres ne peuvent l'être pour aucune partie, attendu que le fait de leur cohéritier leur est étranger; c'est à leur égard un cas fortuit, dont ils ne doivent pas plus répondre que si un tiers eût fait périr la chose : en un mot, on applique au cas de dépôt les règles que nous avons développées sur les obligations des héritiers du débiteur d'un corps certain, au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome XI, nº 284.

63. Si le dépôt a été fait à deux ou plusieurs personnes, c'est comme lorsqu'il a été fait à une seule qui est venue à mourir laissant plusieurs héritiers, à moins que les dépositaires ne se soient obligés solidairement; auquel cas chacun d'eux pourrait être poursuivi en restitution pour le tout; leur obligation se régirait par les principes des obligations solidaires. Mais nous ne croyons

pas que la solidarité ait lieu de plein droit dans ce cas, ni même que l'obligation soit indivisible avec les effets que la loi attache à l'obligation indivisible proprement dite (1).

64. Si la personne qui a fait le dépôt a changé d'état, par exemple si la femme libre au moment où le dépôt a été fait, s'est mariée depuis et se trouve en puissance de mari; si le majeur déposant se trouve frappé d'interdiction, dans tous ces cas et autres de même nature, le dépôt, dit l'article 1940, ne peut être restitué qu'à celui qui a l'administration des droits et des biens du déposant.

La décision relative à la femme reçoit toutefois une modification pour le cas où celle-ci serait séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit en justice; car la femme séparée de biens a la libre disposition de son mobilier, et peut l'aliéner (art. 1449); elle peut par conséquent recevoir le paiement ou la restitution de choses mobilières, et en donner valable décharge.

65. Si, en sens inverse, le dépôt a été fait par un mari ou par un administrateur, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou cet admi-

---

(1) *Vide* tome XI, n° 267.

nistrateur représentaient, si leur gestion ou leur administration est finie (art. 1941).

66. Si le contrat de dépôt désigne le lieu dans lequel la restitution doit être faite, le dépositaire est tenu d'y porter la chose déposée; mais s'il y a des frais de transport, ils sont à la charge du déposant (art. 1942). Le service que rend le dépositaire ne doit pas tourner à son préjudice; les parties sont censées, disent les lois romaines, être convenues, en ce cas, que les frais seraient à la charge du déposant : *Si in Asiâ depositum fuerit, ut Romæ reddatur, videtur id actum ut non impensâ ejus id fiat apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit.* L. 12 ff. *Depositi.* Et sous le nom de *frais de transport*, on doit comprendre les dépenses du voyage que le dépositaire aurait été obligé de faire, suivant les circonstances, pour rendre la chose au lieu convenu.

67. Si le contrat ne désigne point le lieu de la restitution, elle doit, dit l'article 1943, être faite dans le lieu même du dépôt.

Ces mots, *le lieu même du dépôt*, sont ambigus : ils peuvent s'entendre aussi bien du lieu où le dépôt a été fait, que du lieu où se trouve la chose déposée au moment où la restitution en est demandée, dans le cas où le dépositaire, soit par suite de changement de domicile, soit par autre cause, l'a transportée dans un autre en-

droit ; car le mot *dépôt* se prend aussi bien pour le contrat que pour la chose déposée. D'une part, comme le dépôt est généralement d'un corps certain, et que, d'après l'article 1247, le paiement d'un corps certain doit se faire au lieu où était la chose au temps du contrat, on serait porté à croire que les expressions ci-dessus signifient le lieu où le contrat de dépôt s'est formé, par la remise de la chose au dépositaire. Mais, d'un autre côté, ce contrat est essentiellement de bonne foi, et il ne serait pas juste qu'il tournât au préjudice du dépositaire, dans le cas où celui-ci ayant changé de domicile, a transporté la chose dans sa nouvelle demeure, ce qui l'obligerait à faire des frais pour la transporter dans le lieu où il l'a reçue. D'après cela, on doit communément entendre par *le lieu même du dépôt*, l'endroit où se trouve la chose au moment où la restitution en est demandée. Suivant la loi 12, § 1, ff. *Depositi*, la restitution, en l'absence de convention contraire, devait se faire au lieu où était la chose au moment où elle était redemandée, n'importe que ce fût ailleurs qu'elle eût été remise au dépositaire, pourvu toutefois qu'il n'y eût pas de mauvaise foi de la part de celui-ci, c'est-à-dire pourvu que ce ne fût pas par malice qu'il l'eût transportée dans un autre endroit. Or, il est à croire que c'est ce principe, suivi par nos auteurs, que les rédacteurs du Code ont entendu adopter.

Cette loi donnait, au surplus, au déposant, le droit d'exiger que la chose lui fût remise à Rome, mais à la charge de supporter les frais de transport et les cas fortuits. Le déposant pourrait aussi exiger, chez nous, que la chose lui fût remise au lieu où il a fait le dépôt, mais pareillement à la charge de supporter les frais de transport et les cas fortuits, comme dans le cas précédent.

68. Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrat aurait fixé un délai déterminé pour la restitution, à moins, ainsi que nous l'avons déjà dit, qu'il n'existe, entre les mains du dépositaire, une saisie-arrêt ou une opposition à la restitution et au déplacement de lachose déposée (art. 1944).

Le terme fixé pour la restitution ayant été mis dans l'intérêt du déposant, il peut y renoncer quand bon lui semble. Et dans le cas même où le dépôt, à raison de certaine circonstance, aurait eu lieu aussi dans l'intérêt du dépositaire, ainsi que nous en avons donné quelques exemples précédemment, et ainsi que le suppose l'article 1928, le déposant n'en pourrait pas moins se faire rendre de suite la chose, encore que dans ce cas, le contrat contînt un délai fixé pour la restitution. L'article 1944 ne distingue pas.

Au reste, si, par suite de quelque circonstance particulière, ou d'une force majeure, le dépo-

sitaire ne pouvait rendre de suite la chose, il faudrait lui accorder le temps qui serait nécessaire à cet effet. Tel serait le cas où, par suite de décès ou pour autre cause, le scellé se trouverait mis sur la pièce qui contiendrait l'objet déposé. Tel serait aussi le cas où il s'agirait d'un cheval, dont le déposant aurait permis au dépositaire de se servir, et qu'au moment où la restitution en serait demandée, ce cheval se trouverait en voyage. Il en serait de même si un délai pour la restitution avait été spécialement fixé pour la commodité du dépositaire, par exemple dans le cas où, prévoyant qu'il devait s'absenter de chez lui pendant un certain temps, il aurait été convenu qu'il ne rendrait la chose qu'à son retour, parce qu'il ne voulait laisser à personne la clef de la pièce ou du meuble dans lequel il se proposait de la placer.

69. Suivant l'article 1945, le dépositaire infidèle n'est point admis au bénéfice de cession, ce qui suppose par conséquent qu'il est contraignable par corps, puisque, d'après l'article 1270, le bénéfice de cession a pour effet d'opérer la décharge de la contrainte. D'un autre côté, aucune disposition du titre *de la contrainte par corps* ne la prononce contre le dépositaire volontaire ou ordinaire; l'article 2060 ne la prononce, en matière de dépôt, que dans le cas du *dépôt nécessaire;* tandis que l'article 1945 est placé sous la section

intitulée *du dépôt volontaire.* Bien plus, l'article 2063 défend expressément aux tribunaux de prononcer la contrainte hors des cas formellement déterminés par la loi, ou qui pourraient l'être par une loi postérieure. A la vérité l'article 126 du Code de procédure permet aux juges de la prononcer, en matière civile, pour dommages-intérêts au-dessus de la somme de trois cents francs; mais le Code de procédure est postérieur au Code civil, et par conséquent ne peut servir à concilier les dispositions de ce dernier Code qui paraissent se combattre. Toutefois, celle de l'article 1945 s'explique très-bien par le principe général, consacré par le Code *des Délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, en vigueur lors de la publication du Code civil, que la contrainte par corps a lieu pour les restitutions et dommages-intérêts dus pour crime ou délit; principe reproduit dans le Code pénal actuel (art. 52); car l'infidélité du dépositaire est un délit (art. 408, *ibid*), et celui-ci ne pourrait se libérer de la contrainte par le bénéfice de cession. C'est aussi la disposition de l'article 905 du Code de procédure. Nous avons déjà donné des explications sur cet article 1945, en traitant du bénéfice de cession, au tome XII, n° 271.

70. Comme il n'y a pas plus de dépôt dans l'action de recevoir la chose à ce titre, qu'il n'y a de vente dans l'achat que nous faisons de ce

qui nous appartient déjà, il suit de là que toutes les obligations du dépositaire cessent, s'il vient à découvrir et à prouver qu'il est lui-même propriétaire de la chose déposée (art. 1946).

Du reste, si le déposant avait le droit de jouir de la chose qu'il a confiée au propriétaire à titre de dépôt, le contrat de dépôt existerait parfaitement. Par exemple, si un usufruitier confiait à titre de dépôt, au propriétaire, la chose sur laquelle réside son droit d'usufruit, nul doute que ce propriétaire ne fût tenu des véritables obligations d'un dépositaire, et ne dût, en conséquence, restituer la chose, lorsqu'elle lui serait redemandée, à moins qu'alors l'usufruit ne fût venu à cesser.

71. Le dépositaire ni son héritier ne peuvent invoquer la prescription, même de trente ans, à l'effet de se prétendre propriétaires de la chose, et de pouvoir, comme l'ayant acquise par ce moyen, se refuser à la restituer, si elle existe encore; car ceux qui possèdent pour autrui, et leurs héritiers, ne prescrivent jamais, par quelque laps de temps que ce soit, à l'effet d'acquérir la chose détenue par eux (art. 2236 et 2237). Sous ce rapport, l'article 2262, qui porte que toutes les actions, tant *réelles* que personnelles, se prescrivent par trente ans, est inapplicable. Mais si la chose n'existe plus, même par la faute du dépositaire ou de son héritier, ce n'est plus de la prescription à l'effet d'acquérir qu'il s'agit, c'est

de la prescription à l'effet de se libérer de l'action de dépôt, action qui, comme toutes les autres actions nées des contrats, s'éteint par trente ans.

Comme il s'agit ici d'une chose mobilière, que le dépositaire ou son héritier pourra bien ne pas montrer, lorsqu'elle lui sera redemandée après les trente ans, nous croyons que ce serait au déposant à prouver qu'elle existe réellement entre les mains du dépositaire, si celui-ci niait l'avoir encore en sa possession ; car il y aurait présomption de restitution, puisqu'il y aurait prescription contre l'action née du contrat de dépôt. Mais s'il était prouvé contre le dépositaire qu'il a encore la chose, ou s'il avouait lui-même l'avoir, mais prétendait qu'elle lui est revenue par la voie du commerce, après l'avoir restituée au déposant, nous pensons que ce serait à lui à prouver le fait de la restitution. Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est censé avoir continué de posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire (art. 2231). Vainement dirait-il que l'acte de dépôt, en vertu duquel il a commencé à posséder, est un titre éteint, présumé soldé, et ne prouve point par conséquent le droit de propriété du demandeur; ce titre est éteint, il est vrai, en tant qu'on voudrait en faire la base d'une action de dépôt, mais ce n'est point en vertu de cette action qu'on agit contre le défendeur, on agit maintenant contre lui comme détenteur de la chose d'autrui, et

l'acte de dépôt n'est ici que la preuve du droit de propriété du réclamant. Autrement les usufruitiers, les locataires ou fermiers, et tous autres détenteurs à titre précaire, pourrâient facilement, après trente ans depuis l'acte, se dispenser de restituer la chose, et la disposition de la loi qui leur défend de pouvoir invoquer la prescription à l'effet de l'acquérir, deviendrait illusoire, puisque par le fait ils l'acquerraient réellement.

SECTION III.

Des obligations du déposant.

SOMMAIRE.

72. Par le contrat même de dépôt, la personne qui fait le dépôt ne contracte aucune obligation directe et immédiate; mais il peut se trouver obligé après coup, *ex post facto*, à raison de ce même dépôt; c'est lorsque le dépositaire a fait quelque dépense ou quelque perte pour la conservation ou à l'occasion de la chose déposée, et l'équité voulait qu'il fût rendu indemne de ces dépenses ou de ces pertes. C'est la disposition de l'article 1947 du Code, ainsi conçu :

« La personne qui a fait le dépôt est tenue de « rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a « faites pour la conservation de la chose déposée, « et de l'indemniser de toutes les pertes que le « dépôt peut lui avoir occasionées. »

73. Quant aux dépenses, le dépositaire n'a dû faire que celles qui étaient nécessaires et urgentes, afin de ne pas nuire au déposant, qui n'aurait peut-être pas fait des dépenses non nécessaires, quoiqu'elles parussent utiles aux yeux du dépositaire, et qu'elles le fussent même en effet. Pour celles-ci, il ne pourrait réclamer qu'une somme égale à la plus-value qu'en aurait éprouvée la chose, et non le montant intégral de ses déboursés; au lieu que pour les dépenses nécessaires, comme il est à croire que le déposant les aurait faites lui-même, s'il eût été présent, il doit en rembourser le montant, sans égard à la plus-value que la chose a pu en éprouver.

En général aussi, le dépositaire ne doit pas faire de dépenses sur la chose, lorsque le défaut ou la dégradation existait déjà au moment où elle lui a été remise, à moins que le déposant ne l'ait autorisé à les faire; et à l'égard même d'une dépense nécessaire dont la cause serait survenue depuis le contrat, il doit s'abstenir de la faire avant d'avoir prévenu le déposant, si l'urgence ne se fait pas sentir.

Si la perte occasionée par le dépôt peut être

attribuée à la négligence du dépositaire, celui-ci ne peut réclamer aucune indemnité à ce sujet.

74. Comme les obligations incidentes du déposant ont leur principe dans le contrat de dépôt, on peut, sous ce rapport, les considérer comme corrélatives à celles du dépositaire, de manière que leur accomplissement est une condition tacite de celle de ce dernier, de restituer la chose : en conséquence le Code lui donne le droit de retenir la chose jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt (art. 1949); et ce droit, il ne l'a pas seulement vis-à-vis du déposant, il l'a aussi vis-à-vis des créanciers de celui-ci; l'article ne distingue pas : en sorte que tant qu'il n'est pas payé, il peut retenir la chose, nonobstant la saisie que ceux-ci auraient cru en devoir faire. Et s'il la laissait vendre par les créanciers, en la leur remettant, il exercerait encore, sur le prix de la vente, le privilége accordé par l'article 2102, n° 3, à raison des frais faits pour la conservation de la chose; mais il ne l'aurait pas pour les simples pertes qu'il aurait éprouvées à l'occasion du dépôt.

CHAPITRE III.

Du Dépôt nécessaire.

SOMMAIRE.

75. *Quel est le dépôt nécessaire.*
76. *Comment il peut être prouvé.*
77. *A quelles règles il est soumis.*
78. *Les aubergistes et hôteliers sont considérés comme des dépositaires nécessaires par rapport aux effets des voyageurs.*
79. *De leur responsabilité à cet égard*
80. *Il faut que le voyageur qui se plaint de la perte de ses effets n'ait point à se reprocher d'avoir commis quelque faute qui ait pu donner lieu à la perte.*
81. *Les aubergistes ne sont pas responsables des vols faits à main armée, ni des autres accidens de force majeure.*
82. *En cas de contestation sur la nature du fait qui a causé la perte, c'est à l'aubergiste à faire la preuve.*
83. *Cas où l'aubergiste est également responsable.*

75. Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelqu'accident, tels qu'un incendie, une ruine, un pillage, une inondation, ou autre événement imprévu (art. 1949).

76. Comme il n'a pas été possible au déposant, en pareils cas, de retirer une reconnaissance du dépôt, la preuve par témoins peut être reçue lors même qu'il s'agirait d'une valeur au-dessus de cent cinquante francs (art. 1950 et 1348).

Mais, comme le dit le dernier de ces articles, *suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait.*

77. Le dépôt nécessaire est d'ailleurs régi par toutes les règles précédemment énoncées sur le dépôt volontaire (art. 1951).

78. Les aubergistes et hôteliers sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux; le dépôt de ces sortes d'effets est regardé comme un dépôt nécessaire (art. 1952), et en conséquence la preuve par témoins en est admise même au-dessus de cent cinquante francs, suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait (art. 1348).

On doit assimiler aux aubergistes et aux hôteliers ceux qui logent en garni (1).

79. Les aubergistes et les hôteliers sont responsables du vol ou du dommage des effets du voyageur, soit que le vol ait été fait ou que le dommage ait été causé par les domestiques ou préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie (art. 1953).

Par conséquent, le voyageur dont les effets

---

(1) Arrêt de Cassation, sections réunies, du 27 juin 1811, Sirey, 1811-1-300.

ont disparu ou ont été endommagés, n'est point obligé de prouver par qui la soustraction a été faite ou le dommage causé.

80. Il faut toutefois qu'il n'y ait eu aucune faute de sa part, car s'il a mis ses effets dans le premier endroit venu, dans un lieu ouvert à tout le monde, sans en prévenir l'aubergiste ni aucun domestique ou préposé, et qu'on les lui ait volés ou endommagés, l'aubergiste n'en est pas responsable, à moins que le voyageur ne prouve que le fait a été commis par une des personnes dont l'aubergiste est civilement responsable, un de ses enfans, ou de ses domestiques ou préposés.

Ainsi encore, si l'on a donné au voyageur une chambre fermant à clé, et qu'il ait négligé de retirer la clé en en sortant, l'aubergiste ne sera pas responsable du vol, à moins que le voyageur ne prouve qu'il a été commis par une personne de la maison.

81. Les aubergistes et hôteliers ne sont pas responsables des vols faits avec force armée ou autre force majeure (art. 1594).

82. Mais en cas de contestation sur la nature du fait, ce serait à l'aubergiste à prouver le fait de force majeure, puisqu'en principe il est responsable du vol, et que c'est la force majeure qui lui fournit une exception.

Du reste, en cas de contestation sur le fait de l'apport, dans l'hôtellerie, des effets réclamés, il est clair que c'est au voyageur à faire la preuve.

Le demandeur, après la preuve faite, en est cru sur son serment quant à la valeur des effets; mais le juge détermine la somme jusqu'à concurrence de laquelle il en est cru sur son serment (art. 1369).

Voyez, sur ce point, ce qui a été dit au tome XIII, n° 626; voyez aussi tome XVII, n° 241 à 247.

83. On doit, en général, regarder l'aubergiste ou l'hôtelier comme responsable du vol ou du dommage commis sur les marchandises placées sur des voitures laissées en dehors de l'hôtellerie, dans la rue ou sur le chemin, par l'impuissance où il a été de renfermer la voiture dans une cour ou dans une remise. C'est sa faute de ne l'avoir pas fait surveiller, dès qu'il ne pouvait la mettre en sûreté; le voiturier a dû croire qu'on la surveillerait.

IIe PARTIE, DU SÉQUESTRE.

SOMMAIRE.

84. *Division de cette matière.*

84. Il y a deux sortes de séquestre: le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire (art. 1953).

On donne le nom de séquestre non-seulement au contrat, mais encore à la personne à laquelle la chose est confiée. Les docteurs appellent le contrat *sequestrarium*, et la personne *sequester*.

CHAPITRE PREMIER.

Du Séquestre conventionnel.

SOMMAIRE.

85. *Quel est le séquestre conventionnel.*
86. *Il peut n'être pas gratuit.*
87. *Il peut avoir pour objet même des immeubles.*
88. *Et la simple possession comme la propriété.*
89. *Autre différence d'avec le dépôt.*
90. *Autre différence.*

85. Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par plusieurs personnes d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers, qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir (art. 1956).

Cet article dit toutefois : « Le dépôt fait *par une* « ou plusieurs personnes ; » mais c'est une inexactitude, car puisqu'il s'agit d'une chose litigieuse, d'une chose sur laquelle par conséquent plusieurs prétendent des droits, le séquestre conventionnel qui en est fait est nécessairement un dépôt fait par plusieurs; autrement ce ne serait qu'un dépôt ordinaire, quoiqu'il s'agît d'une chose contentieuse, et le dépositaire ne serait obligé, par

le contrat, qu'envers celui qui la lui aurait remise, et non envers une autre personne, bien que ce fût cette dernière qui eût gagné le procès. C'est d'ailleurs ce que décident positivement les lois romaines : *Licet deponere tam plures quàm unus possunt, attamen apud sequestrem nonnisi plures deponere possunt : nam tum id fit cùm aliqua res in controversiam deducitur : itaque hoc casu in solidam unusquisque videtur deposuisse, quod aliter est, cùm rem communem plures deposuerunt.* L. 17, *pp.* ff. *Depositi* (1).

86. Le séquestre peut n'être pas gratuit (art. 1957). Mais le séquestre conventionnel est gratuit de sa nature, c'est-à-dire qu'il est tel, à moins de convention contraire; au lieu que le séquestre judiciaire, par l'établissement d'un gardien, est tacitement convenu moyennant un salaire, celui fixé par la loi, suivant les différens cas.

Lorsque le séquestre conventionnel est gratuit, il est soumis aux règles du dépôt proprement dit, sauf les différences ci-après exprimées (art. 1958).

87. Le séquestre peut avoir pour objet, non-seulement des effets mobiliers, mais même des immeubles (art. 1959).

---

(1) *Vide* aussi la loi 6 *hoc tit.*

88. Il peut avoir aussi pour objet, non-seulement la propriété de la chose, mais même la simple possession, dans le cas où ce serait la possession qui serait contentieuse entre ceux qui font le séquestre; et dans ce cas, c'est la personne à qui la chose a été confiée qui est censée posséder pendant le litige; mais sa possession sert à celui qui a gagné le procès, non-seulement contre l'autre partie, mais encore contre les tiers : elle sert pour les actions possessoires comme pour la prescription.

Suivant la loi 17, § 1, ff. à ce titre, le séquestre *possède* la chose; au lieu que le dépositaire ordinaire la détient seulement; car, dit le jurisconsulte Florentinus, dans le séquestre, le but des parties est que la possession de celui à qui cette sorte de dépôt est fait ne serve ni à l'une ni à l'autre, de sorte que celui qui était jugé devoir obtenir la chose ne pouvait invoquer cette possession, soit pour l'usucapion, soit pour exercer les interdits possessoires. Mais Julien, dans la loi 39 ff. *de acquirenda vel amitt. possess.*, dit qu'il importe de voir quelle a été l'intention des parties en faisant le séquestre; si elles ont eu en vue de renoncer l'une et l'autre à toute prétention à la possession de la chose, parce que cette possession était litigieuse, incertaine, et que cela soit clairement démontré, alors la possession, durant le procès, a appartenu au séquestre, et celui qui a gagné ne peut pas la faire servir à

l'usucapion. Mais si le séquestre a eu lieu seulement pour la garde de la chose, cette possession sert à celui qui a gagné le procès, pour pouvoir compléter le temps requis pour l'usucapion, ainsi que nous venons de le dire. Chez nous, la possession du séquestre servirait dans tous les cas à celui qui gagnerait le procès.

89. Une autre différence du séquestre conventionnel d'avec le dépôt, soit volontaire, soit nécessaire, c'est que, dans le dépôt, le déposant peut retirer la chose quand bon lui semble, encore qu'un terme eût été apposé pour la restitution; au lieu que dans le séquestre, celui qui, de fait, a remis la chose au séquestre ne peut pas seul la lui retirer quand bon lui semble; il faudrait le consentement de l'autre partie : le séquestre ne peut être déchargé avant la contestation terminée, que du consentement de toutes les parties, ou pour une cause jugée légitime (art. 1960); en sorte que s'il remettait volontairement la chose à l'une des parties avant le jugement de la contestation, ou, après le jugement, à celle qui aurait succombé, il serait responsable envers l'autre, du préjudice que cette remise pourrait lui causer.

90. Une troisième différence entre le dépôt et le séquestre, est que, dans le dépôt d'une chose commune entre plusieurs, fait par les divers propriétaires, chacun des déposans ne peut re-

demander la chose que pour sa part; et si elle en peut pas se diviser sans détérioration, ils doivent s'accorder pour le retirement; sauf, comme nous l'avons dit plus haut, le cas où il aurait été convenu que chacun d'eux pourrait retirer le tout. Au lieu que dans le séquestre, celui qui a été jugé devoir obtenir la chose, a action pour le tout contre le séquestre, pour se la faire rendre, et le séquestre est libéré envers l'autre partie, par la restitution faite au premier, soit que la chose soit ou non matériellement divisible.

CHAPITRE II.

Du Séquestre ou Dépôt judiciaire.

SOMMAIRE.

91. La justice peut ordonner le séquestre :

1° Des meubles saisis sur un débiteur;

2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ;

3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération (art. 1961);

4° D'un immeuble saisi qui n'est ni loué ni affermé (art. 688, Code de procéd.) : dans ce cas le saisi lui-même peut être établi séquestre (*ibid*).

92. Quand il s'agit de meubles saisis, le dépositaire se nomme *gardien*. Il est ordinairement établi par l'exploit de saisie (art. 597, Code de procéd.).

L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter, pour la conservation des effets saisis, les soins d'un bon père de famille.

Il doit les représenter, soit à la décharge du saisissant, pour la vente, soit à la partie contre laquelle les exécutions ont été faites, en cas de main-levée de la saisie.

L'obligation du saisissant consiste à payer au gardien le salaire fixé par la loi (art. 1962 Cod. civ.).

Le gardien ne peut se servir des objets saisis, ni les louer ou prêter, à peine de privation des frais de garde, et de dommages-intérêts (art. 603, Code de procéd.)

Il doit tenir compte des profits ou revenus qu'ils ont produits; il est tenu d'en compter même par corps (art. 604, *ibid*).

Il est sujet à la contrainte par corps pour toutes ses obligations (art. 2060, Code civ.)

Le gardien peut demander sa décharge si la vente n'a pas été faite au jour indiqué par le procès-verbal, sans qu'elle ait été empêchée par quelqu'obstacle; et, en cas d'empêchement, la décharge peut être demandée deux mois après

la saisie, sauf au saisissant à faire nommer un autre gardien (art. 605, Code de procéd.).

La demande en décharge est dirigée contre le saisissant et le saisi, par une assignation en référé par-devant le juge du lieu de la saisie; si la décharge est accordée, il doit être préalablement procédé au recolement des effets saisis, parties appelées (art. 606, *ibid.*).

93. Le séquestre judiciaire est donné, soit à une personne dont les parties conviennent entre elles, soit à une personne nommée d'office par le juge.

Dans l'un et l'autre cas, celui auquel la chose a été confiée est soumis à toutes les obligations qu'emporte le séquestre conventionnel (art. 1963 Cod. civ.).

De plus, il est contraignable par corps, même dans le cas où il a été choisi par les parties; car il est séquestre judiciaire, ce qui rend applicable l'article 2060; tandis que le séquestre conventionnel n'est point légalement contraignable par corps, sauf aux tribunaux, en vertu de l'article 126 du Code de procédure, à prononcer contre lui la contrainte, pour dommages-intérêts excédant trois cents francs. Il ne pourrait même se soumettre à la contrainte par une déclaration expresse (art. 2063 combiné avec les précédens).

FIN DU CONTRAT DE DÉPÔT ET DU SÉQUESTRE.

TITRE XII.

Des Contrats aléatoires.

CHAPITRE PREMIER.

Définition du contrat aléatoire, et de ses diverses espèces.

SOMMAIRE.

94. *Ce qu'on entend par contrat aléatoire.*
95. *Définition du contrat d'assurance.*
96. *Définition du prêt à la grosse aventure.*
97. *Ce qu'on entend par jeu et pari.*
98. *C'est principalement le jeu et le pari, ainsi que le contrat de rente viagère, que les rédacteurs du Code ont eus en vue dans l'article* 1104, *tandis que dans l'article* 1964 *ils ont eu en vue aussi le contrat d'assurance et le prêt à la grosse.*
99. *Les règles touchant ces deux derniers contrats appartiennent au Code de commerce.*

94. Les contrats aléatoires, comme le nom l'indique, sont ceux dont les effets dépendent plus ou moins du hasard. Le Code, dans l'article 1964, les définit ainsi :

« Le contrat aléatoire est une convention réci-
« proque, dont les effets, quant aux avantages et
« aux pertes, soit pour toutes les parties, soit

« pour une ou plusieurs d'entre elles, dépendent « d'un événement incertain.

« Tels sont :

« Le contrat d'assurance,

« Le prêt à grosse aventure,

« Le jeu et le pari,

« Et le contrat de rente viagère.

« Les deux premiers sont régis par les lois ma« ritimes. »

95. Il y a toutefois maintenant d'autres assurances que les assurances maritimes : il y en a contre les incendies, contre la grêle et autres accidens de force majeure. Quoique soumises aux principes généraux du Droit, elles sont régies, sous l'approbation du gouvernement, par des réglemens, qui font la loi entre les compagnies qui les ont fondées et les particuliers qui se font assurer.

Le contrat d'assurance est, en général, l'engagement que prennent une ou plusieurs personnes envers une ou plusieurs autres, de les garantir de certains risques prévus, moyennant un prix convenu, qu'on appelle *prime d'assurance.*

Quant à l'assurance maritime en particulier, c'est un contrat aléatoire par lequel l'une des parties se charge, moyennant un prix déterminé, d'indemniser l'autre des dommages que pourront éprouver sur mer, et par accidens de force

majeure, des choses exposées aux dangers de la navigation.

Dans ce contrat, il ne peut pas y avoir chance de gain ou de perte pour chacune des parties, mais seulement pour l'une d'elles, et voilà pourquoi la définition de cet article 1964 est bien meilleure que celle de l'article 1104, qui suppose, pour que le contrat soit aléatoire, que la chance de gain ou de perte est pour *chacune des parties.*

En effet, la chance de gain ou de perte n'existe pas indistinctement pour l'assuré et pour l'assureur; elle n'existe que pour ce dernier, qui gagnera la prime, s'il n'y a pas sinistre, mais qui perdra le prix des marchandises, si elles viennent à périr; ensorte qu'il y aura bénéfice pour lui dans la première hypothèse, et perte réelle dans la seconde. Mais quant à l'assuré, il ne court ni la chance de gain, ni celle de perte, par l'effet du contrat; car il n'aura toujours que ses marchandises, ou leur prix si elles sont venues à périr, et même diminuées du montant de la prime d'assurance; ce qui est exclusif de toute supposition de gain pour lui résultant du contrat. Et quant à la prime, comme il la doit à tout événement, il est clair qu'elle ne peut être considérée, à son égard, comme une perte *dépendant d'un événement incertain.*

96. La définition de l'article 1964 convient

très-bien aussi au prêt à la grosse aventure, et celle de l'article 1104 ne lui convient pas non plus. Le prêt à la grosse est un contrat par lequel l'une des parties prête une somme à l'autre, avec une affectation spéciale sur des objets faisant partie d'une expéditon maritime, et sous la condition que, en cas de perte desdits objets, la somme ne sera point restituée, et que, en cas d'heureuse arrivée, la restitution aura lieu avec un profit convenu, qui peut excéder le taux fixé par la loi pour le *maximum* de l'intérêt conventionnel. Il est clair, d'après cette définition, que l'emprunteur ne court aucune chance de *perte*, si ce n'est son temps, mais qui n'est point l'objet direct du contrat. Il n'y a que le prêteur qui court la chance de gain et celle de perte : celle de gain, en ce qu'il retirera de son argent un gros intérêt si les marchandises arrivent à bon port, et celle de perte, en ce qu'il perdra son capital dans le cas contraire.

97. Mais dans le jeu et le pari, ainsi que dans la rente viagère constituée à titre onéreux, il y a réellement chance de gain et de perte pour chacune des parties, *d'après un événement incertain*, puisque, dans la rente viagère, par exemple, celui qui fournit le capital ou autre objet, prix de la constitution, peut vivre très-long-temps, et retirer ainsi des arrérages cumulés excédant de beaucoup la valeur de ce qu'il a donné y compris

les intérêts ordinaires de cette valeur; comme, au contraire, si la rente vient à s'éteindre promptement, il aura reçu moins qu'il n'a donné; et dans la première hypothèse, le débiteur de la rente aura évidemment perdu, tandis que dans la seconde, il aura gagné.

98. C'est probablement en considérant seulement ces contrats, et non ceux d'assurance et de prêt à la grosse, que les rédacteurs du titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, ont tracé la définition de l'article 1104; ils ont sans doute pensé que ces derniers contrats devant être traités au Code de commerce, il n'était pas besoin de donner une définition qui s'y appliquât également; au lieu que les rédacteurs du titre *des Contrats aléatoires* ont cru devoir, et avec raison, en donner une qui pût s'appliquer à toute espèce de contrat aléatoire.

99. Nous n'avons point à expliquer les règles du contrat d'assurance, ni celles du contrat de prêt à grosse aventure, ou plus simplement du prêt à la grosse : ces règles sont tracées au Code de commerce.

Dans un premier chapitre, nous verrons celles qui sont relatives au jeu et au pari;

Et dans un second, celles relatives à la rente viagère.

CHAPITRE II.

Du Jeu et du Pari.

SOMMAIRE.

100. *Définition du jeu considéré comme contrat.*
101. *On divise communément les jeux en trois classes.*
102. *Définition du pari comme contrat.*
103. *Ces contrats sont intéressés de part et d'autre, réellement commutatifs.*
104. *En principe, la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari.*
105. *Dispositions des lois romaines à cet égard.*
106. *Dispositions des anciennes ordonnances sur le même sujet.*
107. *La preuve testimoniale a toujours été admise pour établir que la cause d'une obligation ou promesse était une perte au jeu.*
108. *Lois qui établissent des peines contre ceux qui tiennent des maisons de jeux de hasard ou des loteries défendues.*
109. *Conséquence de ce que la loi, en principe, n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari.*
110. *Certains jeux exceptés.*
111. *Et dans ces cas là même, le tribunal peut rejeter la demande, si elle lui paraît excessive.*
112. *On a égard à la fortune des parties.*
113. Quid *si le perdant est fort riche et que le gagnant le soit peu, dans le cas où la demande serait excessive?*
114. Quid *si le gagnant, dans le cas d'un jeu excessif, a formé une demande inférieure à la somme jouée, afin qu'elle ne fût pas rejetée pour cause d'excès?*
115. *Même dans les cas où la loi n'accordait pas d'action, le*

perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu dol ou supercherie.

116. Quid *du cas où les enjeux ont été mis sur table ou dans la main d'un tiers, et que le perdant retire sa mise ou défend au tiers de la remettre au gagnant, sans alléguer d'ailleurs de fraude de la part de ce dernier?*

117. *Ceux qui ne peuvent aliéner ne peuvent valablement payer une dette de jeu.*

118. *Suite.*

119. *Suite.*

100. Considéré comme contrat, le jeu peut être défini une convention intervenue entre deux ou plusieurs personnes qui se livrent à un jeu convenu entre elles, et d'après laquelle celle qui gagnera la partie recevra de l'autre ou des autres une certaine somme ou une autre chose fixée d'avance.

Pothier, dans les ouvrages duquel il existe un traité sur le *jeu* (1), où il discute sous le rapport du for intérieur, plusieurs questions auxquelles peut donner lieu le jeu, Pothier, disons-nous, définit le contrat de jeu de la manière suivante :

« La convention qui intervient entre deux « joueurs, par laquelle ils conviennent que celui « d'entre eux qui sera le perdant, donnera une « certaine somme à celui d'entre eux qui sera le « gagnant, est un contrat de la classe des contrats « intéressés de part et d'autre, et aléatoires. »

---

(1) Barbeyrac a fait aussi un traité sur le jeu.

101. On distingue communément trois sortes de jeux :

Ceux de pur hasard, tels que les jeux de loterie, de dés, etc. ;

Ceux de hasard et d'habileté tout à la fois, et que pour cela on appelle *mixtes*, comme le piquet, l'impériale, où l'habileté des joueurs entre pour beaucoup dans le gain de la partie;

Enfin les jeux qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps.

Les deux premières classes ne produisent pas d'action; il en est autrement de la dernière, comme on le verra bientôt.

102. Le pari est une convention ou contrat par lequel deux personnes conviennent que l'une d'entre elles paiera à l'autre une somme ou une chose convenue en cas que telle chose soit ou ne soit pas, et réciproquement.

C'est une convention analogue à celle de jeu, et les jeux de hasard ne sont même à proprement parler que des paris.

103. Quoique, dans le jeu et dans le pari, le gagnant reçoive la somme ou la chose convenue sans rien donner à la place, néanmoins, comme il ne la reçoit pas gratuitement, le contrat est réellement du nombre des contrats intéressés de part et d'autre. Il ne la reçoit pas gratuitement, en effet, mais bien comme le prix du risque qu'il

a couru de donner une pareille somme à l'autre partie, au cas où celle-ci aurait gagné, ce qui est bien le caractère des contrats intéressés de part et d'autre, ou commutatifs.

104. Mais comme ces contrats, dans leurs effets, tendent à enrichir l'une des parties aux dépens de l'autre, la loi n'a pu les voir d'un œil favorable; ils lui ont paru blesser les principes du droit naturel, qui ne permet pas que l'on s'enrichisse aux dépens d'autrui; en conséquence, elle n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari (art. 1965). Tel est le principe général.

105. Le jeu était sévèrement défendu par les lois romaines. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 2 ff. *de Aleatorib.* fait mention d'un sénatus-consulte qui défendait de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à certains jeux propres à exercer au fait des armes et autres jeux contribuant au développement de l'adresse et de la force du corps, lesquels étaient nominativement exceptés de la prohibition : *Senatus-consultum vetuit in pecuniam ludere, prœterquàm si quis certet hastâ vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat. Dict. leg.*

Ce sénatus-consulte ne se bornait pas à dénier l'action pour réclamer ce qui avait été gagné à un des jeux prohibés, il donnait de plus une action

au perdant pour répéter ce qu'il avait payé pour le prix du jeu, quoique le paiement eût été volontaire, car il était considéré comme ayant été fait sans cause, *aut injustâ causâ.*

Pothier pense que ce sénatus-consulte se rapporte au temps de Septime-Sévère, ou de quelqu'un de ses prédécesseurs, ce qui est plus vraisemblable, parce que Paul, qui vivait sous cet empereur, le lui aurait probablement attribué s'il avait été rendu sous son règne.

Ceux qui recevaient chez eux des joueurs pour y jouer à des jeux de hasard étaient si odieux, que le Préteur leur refusait toute action pour les insultes qu'on leur avait faites, et pour les dommages qu'on leur avait causés, par vol ou autrement. *Si quis eum apud quem aleâ lusum esse dicetur verberaverit, damnumve ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo.* L. 1 ff. *dict. tit.*

Justinien a enchéri, comme dit Pothier, sur les lois contre le jeu : il défend, ainsi que l'avait fait l'ancien sénatus-consulte, de jouer de l'argent à quelqu'espèce de jeu que ce soit, à l'exception seulement de certains jeux, qui sont spécifiés dans sa constitution, et qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps; mais, au lieu que le sénatus-consulte avait permis de jouer de l'argent à ces jeux sans limiter la somme, Justinien ordonne qu'on ne pourra y jouer plus d'un écu d'or pour une partie.

A l'égard des autres jeux, il donne une action aux perdans pour répéter ce qu'ils ont payé, comme l'avait fait le sénatus-consulte; et il ajoute deux choses importantes 1° que cette action en répétition ne sera pas sujette à la prescription ordinaire de trente ans, mais que le perdant et ses héritiers seront reçus à l'exercer pendant cinquante années; 2° que dans le cas où le perdant négligerait de répéter la somme qu'il a perdue et payée, les officiers municipaux de la ville où le jeu a eu lieu pourrait en poursuivre la répétition, pour employer l'argent à des ouvrages publics, pour l'utilité et l'embellissement de la ville. LL. 1, 2 et 3, Cod. *de Aleat.*

Ainsi, l'on voit que, dans les idées des Romains, le jeu était bien loin de produire une obligation naturelle, puisqu'ils admettaient la répétition de ce qui avait été volontairement payé pour une dette de jeu, tandis qu'ils refusaient la répétition de ce qui avait été payé, même par erreur, dans le cas où il y avait dette naturelle, comme on peut le voir par plusieurs lois du titre *de Condictione indebiti*, au Digeste et au Code.

106. Les ordonnances de nos rois sont également contraires au jeu.

On trouve parmi les capitulaires de Charlemagne, une défense qui confirme les défenses de jouer au jeu de hasard, faites tant aux laïques

qu'aux ecclésiastiques, par le concile de Mayence, tenu en l'année 813.

Saint Louis, par son ordonnance de 1254, défend de jouer aux dés.

Charles-le-Bel, en l'an 1319, et Charles V, en 1369, défendent les jeux de dés, de tables ou trictrac, de quilles, de billes et de boules, et généralement tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes, à peine, contre les contrevenans, de 40 sous d'amende.

Dans la suite on s'est un peu relâché de ces dispositions. Ainsi, Charles VIII, dans une ordonnance pour la police du Châtelet de Paris, après avoir fait une défense générale aux prisonniers de jouer aux dés, permet aux personnes de naissance qui y sont retenues pour causes légères et civiles, de jouer au trictrac et aux échecs.

Delamare, dans son *traité de la Police*, rapporte des lettres patentes de François Ier en faveur du jeu de paume, qui permettent d'exiger ce qui a été gagné à ce jeu.

Charles IX, par l'ordonnance d'Orléans (art. 101), défend tous brelans, jeux de quilles et de dés, à peine, contre les contrevenans, d'être punis extraordinairement.

Le même prince, par l'ordonnance de Moulins, de 1566, art. 59, donne une action *aux mineurs* pour la répétition de ce qu'ils ont perdu et payé aux jeux de hasard, *sans néanmoins*, dit-il, *approuver ces sortes de jeux entre majeurs.*

Enfin, par la déclaration de Louis XIII, du 30 mai 1611, il est dit : « Faisons défenses à toutes « personnes de tenir brelans, ni s'assembler pour « jouer aux cartes ou aux dés, même aux proprié- « taires détenteurs de leurs maisons, ou locataires « d'icelles, d'y recevoir ceux qui tiendront lesdits « brelans, ou joueront ès dits jeux, à peine d'a- « mende, d'autre punition, s'il y échet, et d'être, « en leur propre et privé nom, responsable de la « perte des deniers qui y sera faite, et tenus à la « restitution d'iceux. Enjoignons aux juges de se « transporter ès maisons où ils seront avertis y « avoir brelans et assemblées, de se saisir de ceux « qui s'y trouveront ensemble, de leur argent, « bagues, joyaux et autres choses exposées au « jeu, en faire et distribuer les deniers aux pauvres « des hôtels Dieu, etc. »

L'arrêt d'enregistrement de cette déclaration prononce la *nullité* des promesses faites pour le jeu, et ordonne que toute action soit déniée pour de telles promesses.

107. La jurisprudence des parlemens a même constamment admis la preuve par témoins pour établir que la cause d'une promesse ou d'un billet était le jeu et non celle qui s'y trouvait faussement exprimée; et en conséquence le billet a toujours été déclaré nul lorsque la preuve était faite. L'ordonnance de 1629, par ses art. 138 et 140, dérogeait expressément, à cet égard, à l'ordon-

nance de Moulins portant qu'aucune preuve par témoins ne serait reçue *contre le contenu aux actes*, disposition reproduite dans l'ordonnance de 1667, et dans l'article 1341 du Code civil. Voyez, à ce sujet, ce que nous avons dit en parlant de la *cause* des obligations, au tome x, n° 370, et de la *preuve testimoniale*, au tome XIII, n° 332 (1).

108. Voyez aussi, quant aux peines portées contre ceux qui tiennent des maisons de jeux de hasard, ou des loteries non autorisées par la loi, l'article 410 du Code pénal; et relativement à ceux qui ont établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard, les articles 475 et 477 du même Code.

109. La loi, comme nous l'avons dit, n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari; ensorte que quand bien même le défendeur ferait défaut, le tribunal ne devrait pas le condamner, puisque, d'une part, il n'y a pas d'action contre lui, et, en second lieu, puisque, dans le cas même où le défendeur fait défaut, les conclusions du demandeur ne doivent lui être adjugées qu'autant qu'elles paraissent justes et

---

(1) Voyez aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1814; (Sirey 1816-1-212); celui de la Cour de Limoges, du 2 juin 1819 (Sirey 1821-2-17); et enfin celui de la Cour de Lyon du 21 décembre 1822 (Sirey, 1823-2-103), qui ont tous admis la preuve et annulé les billets.

bien vérifiées (art. 150, Code de procéd.); or, c'est ce qui ne peut se dire, en général, d'une demande fondée sur le jeu, puisque la loi ne reconnaît pas à cette demande une cause valable; elle ne doit même pas être appelée, être mise au rôle.

110. Le Code, ainsi que le Droit romain et les anciennes ordonnances, fait toutefois exception à l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, des courses à pied ou à cheval, ou de chariot, du jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps. Celui qui a gagné à l'un de ces jeux a une action pour obtenir la somme ou la chose qui a été l'objet du jeu (art. 1966). Il était de l'intérêt public de ne point priver de toute émulation ceux qui se livrent à des jeux propres à augmenter la force, l'adresse et l'agilité du corps, ce qui procure à l'état des soldats plus robustes et plus adroits (1).

111. Néanmoins le tribunal peut rejeter la demande quand la somme lui paraît excessive (*ibid*):

---

(1) On a jugé plusieurs fois que le jeu de billard ne devait pas être considéré comme un de ces jeux pour lesquels le Code fait exception au principe que la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari. Voyez notamment l'arrêt de la Cour de Poitiers du 4 mai 1810 (Sirey, 1810-2-367); celui de la Cour de Grenoble du 6 décembre 1823 (Sirey, 1824-2-319); celui de Montpellier du 4 juillet 1828 (Sirey, 1829-2-106); enfin celui de la Cour d'Angers du 13 août 1831 (Sirey, 1832-2-270).

parce qu'alors le jeu a été considéré par les parties, non pas comme un moyen d'éprouver leur adresse, et de se procurer un louable exercice, mais comme un moyen de faire un gain illicite. Aussi la loi ne laisse-t-elle pas au tribunal le pouvoir de modérer la demande; elle ne lui laisse que le pouvoir de la rejeter, lorsqu'il ne l'accueille pas parce qu'elle lui paraît excessive : autrement ce serait lui qui ferait le contrat, ce qui serait contre toutes les règles.

112. Et pour apprécier si la demande est ou non excessive, le juge doit prendre en considération la fortune et la condition des parties, car ce qui serait un jeu excessif pour telle personne, pourrait n'être point excessif à l'égard d'une autre personne infiniment plus riche : tel jeu joué par des princes pourrait être regardé comme modéré, tandis que joué par deux personnes des classes ordinaires de la société, ce jeu devrait paraître excessif.

113. Mais *quid* si le perdant est fort riche et que le gagnant le soit peu, dans le cas où la somme jouée est par elle-même excessive? Nous penserions volontiers que le juge, en pareil cas, devrait rejeter purement et simplement la demande, attendu que le contrat de jeu est commutatif, et que dès que l'une des parties, si elle eût perdu, n'eût pas dû être condamné à payer, elle ne doit

pas, parce qu'elle a gagné, obtenir la somme convenue. Si elle n'a pas couru les risques défavorables, elle n'a pas dû non plus courir la chance avantageuse; autrement le contrat serait sans cause suffisante, il cesserait d'être intéressé de part et d'autre. Le gagnant est d'ailleurs blâmable d'avoir joué une somme qu'il n'aurait peut être pu payer, ou qu'il n'aurait pu payer qu'en se gênant beaucoup.

114. Et si le jeu avait été excessif, le tribunal, suivant nous, pourrait également rejeter la demande quoiqu'elle fût inférieure à la somme perdue, le gagnant ayant craint, en la formant, qu'elle ne fût rejetée pour cause d'excès, et l'ayant réduite dans cette vue; car le jeu n'en a pas moins été illicite, il n'avait pas pour but l'exercice du corps, mais de procurer un gain; on a donc joué contre l'esprit de la loi. Que résulte-t-il de la réduction de la demande? Une remise de partie d'une action que le tribunal eût pu rejeter pour cause d'excès, et voilà tout.

115. Au surplus, dans aucun cas, c'est-à-dire soit qu'il s'agisse d'un jeu pour lequel la loi ne donne pas d'action, soit qu'il s'agisse d'un jeu excepté par elle, le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie (art. 1967).

En effet, si la répétition est interdite, c'est que celui qui a payé s'est cru par honneur, et pour tenir sa parole, obligé à le faire; *nam grave est fidem fallere.* Mais il n'a entendu payer que dans la supposition qu'il avait réellement perdu; or, s'il a été trompé, il n'a réellement point perdu, il a donc payé une chose qu'il ne devait, ni à raison du contrat de jeu, ni sous aucun autre rapport. En conséquence, il peut répéter ce qu'il a ainsi payé indûment.

Mais comme tout paiement suppose une dette, (art. 1235), ce serait à lui à prouver qu'il a payé, si le paiement n'était pas avoué par l'autre partie; et comme la fraude ne se présume point, qu'elle doit être prouvée par celui qui l'allègue (art. 1116), ce serait aussi à lui à prouver qu'il y a eu de la part de l'adversaire dol, supercherie ou escroquerie; car ce serait la base de son action en répétition.

116. Doit-on regarder comme un paiement fait volontairement, le fait de mettre l'enjeu sur table ou dans la main d'un tiers, avant le jeu, de manière que, dans le cas où le perdant reprendrait l'argent qu'il a mis au jeu, ou que le tiers, de son propre mouvement, ou à la recommandation du perdant, ne voudrait pas délivrer au gagnant la somme perdue, celui-ci, dans la première hypothèse, aurait action contre le perdant, et, dans la seconde action contre le tiers?

Selon nous, l'action contre le tiers serait bien fondée, car c'est un dépôt, un séquestre conventionnel qui lui a été fait, sous une condition, il est vrai, mais une condition qui s'est accomplie. Par le gain de la partie, la somme est devenue aussitôt la propriété du gagnant, et le tiers, en refusant de la lui remettre, retiendrait la chose d'autrui, et s'il la remettait au perdant, il lui remettrait une chose qui n'appartenait plus à celui-ci, en supposant d'ailleurs qu'aucune fraude n'ait été commise par le gagnant. La Cour d'Angers, par son arrêt du 22 février 1809 (Sirey, 1809-2-244), a bien, il est vrai, décidé, dans le cas d'un pari et où les parieurs s'étaient réciproquement fait un billet qui avait été remis entre les mains d'un tiers, que la remise du billet du perdant au gagnant, sans l'aveu du perdant, n'était point un paiement dans le sens de l'article 1967 du Code civil, qui dût, en conséquence, faire obstacle à la répétition; mais comme il s'agissait d'un billet, et que ce billet, eût-il été remis par le perdant lui-même au gagnant, n'en aurait pas moins été nul pour défaut de cause licite, la Cour n'a pas mal jugé en décidant que le perdant pouvait se refuser à en payer le montant, et à répéter le billet lui-même. Mais le cas d'une remise d'argent entre les mains d'un tiers nous paraît différent, car c'est là un paiement fait d'avance, sous une condition, il est vrai, mais sous une condition qui s'est accomplie.

On doit décider la même chose, selon nous, dans le cas où les parties ont mis l'argent sur table, et que le perdant le retire aussitôt la partie perdue, lorsqu'il n'y a eu aucune fraude ou supercherie de la part du gagnant. On ne doit pas considérer la mise au jeu comme étant une simple promesse de payer la somme jouée, en cas de perte, de manière que chacun des joueurs serait encore propriétaire de son enjeu tant qu'il n'en aurait pas fait l'abandon par une nouvelle déclaration au gagnant, et que celui-ci n'aurait de la sorte qu'une simple créance de jeu, qui, en général, ne produit point d'action. Au contraire, la mise au jeu est un paiement fait en cas de perte, un abandon conditionnel, et par conséquent le gagnant étant devenu propriétaire de l'enjeu par le gain de la partie, dès que le perdant retire l'enjeu, il prend une chose qui n'est plus à lui. L'action pour la lui faire rendre n'est point une action pour dette de jeu, mais une action de propriété. Le Code, il faut bien le remarquer, ne défend pas le jeu, ainsi que le faisait l'ancienne jurisprudence; il se borne à refuser, en principe, une action pour réclamer le paiement d'une dette de jeu, ce qui est bien différent; et en refusant cette action, il a eu en vue le jeu sur parole, les promesses faites pour cause de jeu; or, il ne s'agit point ici d'une promesse ayant pour cause le jeu, mais bien d'une question de translation de propriété. La tradition réciproque s'est faite dès le prin-

cipe, sous la condition de gagner, et dès que cette condition se trouve accomplie, le gagnant est devenu aussitôt propriétaire de la chose perdue. Si le perdant avait repris la chose dans les mains du gagnant le lendemain de la perte, personne assurément ne lui refuserait action pour se la faire rendre; pourquoi donc en serait-il autrement dans le cas où il la reprend aussitôt après la perte de la partie? On n'en voit pas la raison. En un mot, en mettant son enjeu sur table, il avait fait l'abandon de la chose; il l'avait fait, il est vrai, sous une condition, mais sous une condition qui s'est réalisée, et en reprenant l'argent qu'il avait mis au jeu, il a repris une chose qui se trouvait alors être la chose d'autrui : donc on peut l'obliger à la rendre. Au lieu que s'il eût joué sur parole, si l'on avait suivi sa foi, la loi, par les motifs qui ont dicté ses dispositions sur le jeu, aurait refusé toute action au gagnant. Le fait de reprendre l'enjeu après l'avoir perdu, est un acte de friponnerie, puisque l'individu tentait bien d'avoir celui de l'autre partie; il peut donc être forcé à le rendre. S'il en était autrement, les jeux publics légalement autorisés ne présenteraient que des scènes de fraude et de désordre.

117. Comme celui qui ne peut aliéner ne peut, en principe, faire valablement un paiement (art. 1238), il suit de là que le mineur qui a payé une dette de jeu peut répéter la somme ou la chose

payée. A cet égard il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où ce serait une dette de jeu de son auteur, et le cas où ce serait la sienne propre, ni entre le cas où il serait émancipé et le cas contraire : même dans la première hypothèse, il n'avait pas la capacité de faire un tel paiement, et en supposant même qu'il l'eût fait avec l'assistance de son curateur, il pourrait répéter, en vertu des articles 1238, 484 et 1305 analysés et combinés.

118. Celui qui est placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, ne peut non plus payer valablement une dette de jeu, et par conséquent il peut répéter ce qu'il a payé à ce titre.

119. Il faut en dire autant de la femme mariée, à moins qu'elle n'ait payé avec l'autorisation du mari, ou à moins qu'elle ne fût séparée de biens; car la femme séparée de biens peut disposer de son mobilier et l'aliéner (art. 1449). A la vérité, elle ne peut pas, suivant nous, en faire donation entre-vifs, sans être dûment autorisée, mais le paiement d'une dette de jeu ne peut être considéré comme une donation, puisqu'il n'est rien autre chose que l'exécution d'un contrat à titre onéreux, d'un contrat intéressé de part et d'autre, parfaitement commutatif.

CHAPITRE III.

Du Contrat de rente viagère.

SECTION PREMIÈRE.

Des conditions requises pour la validité du contrat de rente viagère.

SOMMAIRE.

120. *Ce qu'est le contrat de rente viagère.*
121. *Ce contrat est essentiellement aléatoire.*
122. *La rente viagère peut être aussi établie par donation entre-vifs et par testament.*
123. *Alors l'acte doit réunir les formalités requises pour les actes portant donation ou pour les testamens.*
124. *La rente dans ces cas est réductible si elle excède la quotité disponible.*
125. *Comment s'opère la réduction : divers cas.*
126. *Autre cas.*
127. *Et elle est nulle si elle est établie au profit d'une personne incapable de recevoir du constituant.*
128. *La rente peut être constituée sur la tête d'une personne autre que celle qui aura le droit d'en jouir.*
129. *Dans ce cas, et à moins de clause contraire, elle ne s'éteint pas, en général, par la mort du créancier, mais seulement par la mort du tiers.*
130. *On peut aussi constituer la rente sur la tête du débiteur.*
131. *La rente viagère donnée ou léguée pour alimens, et constituée sur la tête d'un tiers, s'éteindrait par la mort du créancier.*
132. *Il est indifférent que le tiers sur la tête duquel la rente*

est constituée à titre gratuit, soit ou non capable de recevoir du constituant.

133. *La rente viagère peut être constituée sur plusieurs têtes comme sur une seule; si elle l'est sur la tête de plusieurs tiers qui n'ont aucun droit d'en jouir, elle subsiste en entier jusqu'à la mort de toutes ces personnes, à moins de clause contraire.*

134. *Lorsqu'elle est constituée sur plusieurs têtes qui en ont fourni le prix, et à leur profit, elle se réduit à la mort de l'un des créanciers, à moins de clause contraire; controversé, et arrêt dans un sens opposé.*

135. *Suite, et cas d'une rente donnée ou léguée à plusieurs personnes pour en jouir successivement au fur et à mesure des décès.*

136. *Le prédécédé de deux individus qui ont fourni en commun le prix de la rente, et qui ont stipulé qu'elle se continuerait en entier au profit du survivant d'entre eux, n'est pas censé, en général, avoir fait un avantage à l'autre; c'est un contrat aléatoireaussi sous ce rapport.*

137. *La rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers quoique le prix en soit fourni par une autre personne.*

138. *Et l'acte n'est pas pour cela assujetti aux formes des actes portant donation, mais le tiers doit être capable de recevoir de celui qui fournit le prix de la rente.*

139. *Divers cas où la constitution a lieu au profit d'un autre que celui qui en fournit le prix. Elle est irrévocable lorsque le tiers a déclaré vouloir en profiter.*

140. *Mais l'acceptation n'est assujettie à aucune forme spéciale, quoique la constitution ait, dans ce cas, le caractère d'une libéralité.*

141. *Autre cas où la rente est constituée au profit d'un autre que celui qui en fournit le prix.*

142. *L'incapacité du tiers, de recevoir de celui qui a fourni le*

prix, ne peut pas être alléguée par le constituant ou débiteur de la rente : conséquence.

143. *Point de contrat de rente si la personne sur la tête de laqvelle elle a été constituée était morte au jour du contrat.*

144. Quid *si, dans ce cas, celui qui a fourni le prix de la constitution savait, au moment du contrat, que la personne était morte?*

145. *Oppositions de principe entre l'article* 1974 *du Code civil et l'article* 365 *du Code de commerce.*

146. *Le contrat de rente viagère est pareillement nul si la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée est venue à mourir, dans les vingt jours de la date de l'acte, de la maladie dont elle était atteinte au temps du contrat*

147. *A la charge de qui est la preuve, en cas de contestation.*

148. Quid *si la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée est une femme qui est venue à mourir, dans les vingt jours, par suite de couches?*

149. Quid *si la personne est celle qui a fourni le prix de la rente et qui doit en jouir?*

150. *Et si la rente a été constituée sur la tête de plusieurs personnes, dont l'une est venue à mourir, dans les vingt jours du contrat, de la maladie dont elle était atteinte au temps du contrat?*

151. *Et* quid *enfin si, dans les cas ci-dessus, l'acte est sous signature privée sans date certaine?*

152. *La rente peut être constituée au taux qu'il plaît aux parties de fixer.*

153. *Mais le contrat ne doit pas voiler des prêts usuraires : conséquences.*

154. *On peut mélanger le contrat de rente viagère, d'une rente constituée en perpétuel.*

155. *Le taux auquel la rente viagère serait constituée pourrait*

120. Le contrat de rente viagère est celui par lequel une personne s'engage envers une ou plusieurs autres, à lui payer ou à leur payer une rente annuelle, en argent ou autre chose, pendant la vie naturelle d'un ou plusieurs individus désignés au contrat, et moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière appréciable, ou pour un immeuble (art. 1968 analysé).

C'est donc un achat de la rente, quoique, ainsi qu'on le verra plus loin, tous les principes de la vente ne s'appliquent pas à ce contrat.

121. Du reste, comme nous l'avons dit plus haut, ce contrat est essentiellement aléatoire, et la chance de gain ou de perte existe pour chacune des parties, d'après un événement incertain. En effet, si la personne sur la tête de laquelle la rente

est constituée vit long-temps, et par conséquent si la rente doit être servie pendant un grand nombre d'années, il y aura avantage pour le rentier, qui aura ainsi retiré en arrérages une valeur supérieure à celle qu'il a donnée pour avoir la rente, en y comprenant même les intérêts ordinaires qu'aurait pu produire cette dernière valeur. Au contraire, si cette personne meurt peu de temps après le contrat, le rentier n'aura eu que peu d'arrérages pour une valeur bien plus considérable, qu'il a donnée. Et dans le premier cas, celui qui a constitué la rente aura évidemment perdu, tandis que dans le second, il aura, au contraire, évidemment gagné.

C'est donc un contrat intéressé de part et d'autre, véritablement commutatif, dans lequel la chance de gain que court chacune des parties est l'équivalent ou réputé l'équivalent de ce qu'elle donne ou doit donner de son côté, et par conséquent dans lequel le risque qu'elle court aussi est le prix ou réputé le prix de l'avantage qu'elle peut retirer du contrat.

122. Mais la rente viagère n'est pas seulement constituée à titre onéreux; elle peut l'être aussi à titre purement gratuit, par donation entre-vifs ou par testament (art. 1969), et il est clair que lorsqu'elle l'est par testament, elle n'est plus un contrat; c'est simplement un legs.

Lorsqu'elle l'est par donation entre-vifs, c'est

bien, suivant nous, un *contrat*, nonobstant la dénomination *d'acte* que l'article 894 attribue à la donation entre-vifs (1); mais ce contrat ne doit pas être rangé dans la classe des contrats aléatoires, dont les effets, quant à la chance de gain ou de perte *pour chacune des parties*, dépendent d'un événement incertain; car le donateur ne court aucune chance de gain; il ne court même aucune chance de perte; seulement sa libéralité sera plus ou moins considérable dans ses résultats; mais on ne peut pas voir là une perte, parce que ce que l'on donne ne doit pas être considéré comme une *perte*. Le donataire, évidemment, court bien moins encore la chance de perte, et le plus ou moins d'arrérages qu'il touchera ne doit pas non plus être considéré comme une *chance* de gain; c'est seulement le bienfait qui lui a été conféré, bienfait qui sera plus ou moins considérable, selon l'événement, et voilà tout.

123. Au surplus, la rente constituée à titre de donation ou par testament, est soumise, quant aux formalités, aux mêmes règles que celles qui sont prescrites pour les donations entre-vifs et pour les testamens en général *(ibid)*, puisqu'en effet ce n'est rien autre chose qu'une donation ou un legs.

---

(1) Voyez, quant à cette dénomination, ce que nous avons dit en traitant *des donations entre-vifs*, au tome VIII, n° 13 et suivans.

124. Constituée à l'un de ces titres, elle est réductible si elle excède ce dont il était permis au constituant de disposer; et elle est nulle si elle est au profit d'une personne incapable de recevoir du constituant (art. 1970).

Dans le cas d'excès, l'article 917 donne aux héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, l'option, ou d'exécuter la disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible.

On a voulu par là prévenir, autant que possible, l'appréciation de ces droits dont la valeur est indéterminée, à raison de l'incertitude de leur durée; aussi la même disposition est-elle applicable au cas du legs ou don d'un droit d'usufruit, qui, dans la pensée des héritiers à réserve, excèderait ce dont le défunt pouvait disposer. Le légataire ou donataire de la rente viagère ou de l'usufruit ne peut pas se plaindre du parti que prennent ces héritiers, en lui abandonnant en propriété la quotité disponible, car c'est tout ce que le défunt pouvait donner; et les héritiers eux-mêmes ne pouvaient désirer autre chose que l'option qui leur est conférée, puisque si le donataire ou légataire est une personne âgée ou infirme, leur intérêt les portera à exécuter la disposition selon sa teneur, et, dans le cas contraire, à faire l'abandon de ce dont le défunt pouvait disposer.

125. Nous disons qu'on a voulu prévenir, *autant que possible*, l'appréciation de ces droits; et en effet ce n'est pas dans tous les cas qu'on pourra éviter cette appréciation, du moins entre les divers légataires ou donataires. Supposez que, par son testament, un individu ait fait plusieurs legs à différentes personnes; que parmi ces legs il y en ait de propriété, d'autres d'usufruit et enfin d'autres de rentes viagères, et que les héritiers auxquels la loi accorde une réserve prétendent que la quotité disponible a été dépassée : dans ce cas, comme, aux termes de l'article 926, la réduction doit porter indistinctement sur tous les legs, dans la proportion de leur valeur respective, sans distinction entre les legs à titre universel et les legs à titre particulier, il faudra bien, si les parties ne s'accordent pas, estimer ce que peuvent valoir les constitutions d'usufruits et de rentes viagères, afin de réduire ensuite, s'il y a lieu, tous les legs, en proportion de leur valeur respective.

Admettons, par exemple, que le disposant ait laissé trois enfans et un patrimoine d'une valeur de cent mille francs, toutes dettes déduites, ou sans aucune dette. Il a légué à Paul une maison valant 15,000 fr.; à Jean un jardin valant 6,000 fr.; à Pierre l'usufruit d'un fonds valant 16,000 fr., et à Jacques une rente viagère de 600 fr. annuellement. Il ne pouvait disposer que du quart de son bien, ou 25,000 fr. Les enfans ne veulent

point, comme de raison, exécuter ces dispositions dans toute leur étendue; ils prétendent que la quotité disponible a été dépassée, et qu'il y a lieu, par conséquent, à réduction; mais cette réduction, comme il vient d'être dit, doit porter sur tous les legs indistinctement, au marc le franc, c'est-à-dire en proportion de leur valeur respective. Comment procéder? Les enfans peuvent-ils, dans l'espèce, après avoir fait estimer, contradictoirement avec tous les intéressés, la maison et le jardin, abandonner au légataire de l'usufruit et à celui de la rente viagère les 4,000 fr. qui, avec le legs de la maison et le legs du jardin, forment la quotité disponible, sauf aux divers légataires à s'arranger entre eux comme ils l'entendront? Mais la difficulté ne resterait pas moins la même; il faudrait toujours en revenir à une appréciation de la valeur du legs en usufruit et du legs de rente viagère, pour voir en définitive ce qui revient à chacun des quatre légataires.

Si, dans l'espèce, le legs en usufruit n'existait pas, et que la rente viagère fût assez forte pour paraître aux héritiers excéder, avec le legs de la maison et celui du jardin, la quotité disponible, et que ces mêmes héritiers voulussent, pour se dispenser d'exécuter la disposition relative à la rente viagère, abandonner à celui à qui elle a été léguée, le reliquat du disponible, il y aurait à examiner si les légataires de la maison et du jar-

din ne pourraient pas, en prenant ce reliquat pour eux-mêmes, offrir au légataire de la rente viagère de lui en faire le service à la place des héritiers. On pourrait dire, contre leur prétention, que ce serait donner au légataire de la rente d'autres débiteurs que ceux qu'il avait, et qu'un créancier n'est point obligé de recevoir un autre débiteur à la place du sien ; la novation opérée par le changement de débiteur, comme toute autre novation, doit être l'effet d'un acte purement volontaire de la part du créancier. Néanmoins, dans ce cas particulier, si ces légataires de la maison et du jardin donnaient à celui de la rente viagère tout autant de sûreté que lui en présentait la disposition du testateur, soit sous le rapport de l'hypothèque, soit sous tout autre rapport, nous pensons que leur offre pourrait être accueillie. S'ils ne la faisaient pas, ou si elle était rejetée, il faudrait bien alors estimer les différens legs pour les réduire tous au taux convenable, et, pour cela, estimer ce que pourrait valoir la rente viagère. A cet effet on aurait égard à l'âge de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, à la circonstance aussi que cette personne serait valide ou infirme; et si on estimait la rente valoir, par exemple, 12,000 f., la réduction se ferait en conséquence de cette valeur, comparée à celle des autres legs.

126. Voici un autre cas où il y aura bien néces-

sité aussi d'estimer la valeur de la rente viagère pour procéder à la réduction. Une personne a fait à une autre donation par acte entre-vifs d'une rente viagère, par exemple de 1,000 fr. Depuis, cette personne a fait d'autres donations entre-vifs, soit en propriété, soit en usufruit, soit même en rentes viagères, et elle a fait de plus par son testament différens legs; les héritiers auxquels la loi accorde la réserve prétendent que tous ces dons réunis excèdent la quotité disponible. Si cela est, la réduction doit d'abord porter sur les legs, et, en cas d'insuffisance, sur les donations, en commençant par la plus récente, et en remontant successivement aux plus anciennes (art. 923). Mais les légataires et les donataires sur lesquels les héritiers veulent faire porter la réduction soutiennent qu'il n'y a pas lieu de l'opérer, ou qu'elle ne doit être que d'une quotité moindre que celle prétendue par les héritiers, vu le peu de valeur, selon eux, de la rente viagère donnée en premier lieu. En effet, si cette rente n'existait pas, ou était d'une valeur peu importante, il n'y aurait pas lieu, disent-ils, à réduction, parce que le défunt n'aurait point dépassé, par ses autres libéralités, la quotité dont la loi lui permettait de disposer. Il faut donc évidemment, dans ce cas aussi, apprécier cette rente, pour voir si les libéralités postérieures doivent être réduites, et de combien.

Il y aurait seulement à examiner si, dans ce

cas, ainsi que dans celui où la réduction porterait sur la rente elle-même, l'on devrait considérer la valeur que pouvait avoir cette rente au moment de la constitution, eu égard à l'âge et à l'état de santé, à cette époque, de la personne sur laquelle elle a été constituée; ou bien si l'on devrait simplement s'attacher à la valeur actuelle, laquelle doit être moindre à raison de l'âge plus avancé de cette personne, ou des infirmités qui ont pu lui survenir depuis la constitution. Nous pencherions pour ce dernier parti, par la même raison qui nous ferait décider qu'on ne devrait avoir, dans le calcul de la portion disponible, aucun égard à cette rente si elle était venue à s'éteindre du vivant du donateur. Cette charge ne subsistant plus à cette époque, qui est celle où s'ouvre le droit de réduction au profit des héritiers, elle ne devrait être d'aucune considération. On devrait, au contraire, considérer les arrérages perçus par le donataire de ladite rente, antérieurement à la mort du donateur, comme des fruits; et c'est en effet ainsi que le Code, au titre *de l'usufruit* (art. 588), considère les arrérages d'une rente viagère. Or, soit qu'il s'agisse de rapport à succession (art. 856), soit qu'il s'agisse de réduction pour fournir les réserves (art. 928), les fruits de la chose donnée, et perçus antérieurement à la mort du donateur, ne doivent être ni rapportés ni restitués.

127. Voilà pour la réduction de la rente viagère

constituée à titre gratuit, et qui excèderait la quotité disponible. Quant au cas où elle aurait été constituée au profit d'un incapable de recevoir du constituant, on applique aussi les principes généraux du titre *des Donations et des Testamens.* Nous ferons seulement observer que la rente viagère constituée pour alimens au profit d'un mort civilement, est autorisée par l'article 25 lui-même, qui établit les différentes incapacités des individus frappés de mort civile.

128. Ordinairement la rente viagère est constituée sur la tête de la personne au profit de laquelle elle est établie, mais rien n'empêche de la constituer sur la tête d'un tiers qui n'aura aucun droit d'en jouir (art. 1971) : par conséquent le paiement des arrérages ne pourrait lui être valablement fait sans une autorisation du créancier. Aussi importe-t-il de distinguer la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, de celle qui doit en jouir. En l'absence de toute stipulation contraire, la rente est toutefois censée constituée sur la tête de celui qui doit en jouir. Tel serait le cas où il serait dit : *Moi, un tel, je m'oblige à servir une rente viagère de tant à M. un tel.* C'est comme si j'avais dit que je m'engageais à lui servir cette rente pendant SA vie.

Ainsi, je puis très-bien stipuler une rente viagère à mon profit, en la constituant sur la tête de tel souverain, ce qui a l'avantage de dispenser de

produire des certificats de vie; et, dans ce cas, la rente s'éteint à la mort naturelle du prince sur la tête duquel elle a été constituée.

129. Mais, à moins de clause contraire, elle ne cesse pas par la mort du créancier; elle doit être continuée à ses héritiers jusqu'à la mort du prince, puisque c'est sur sa tête qu'elle a été constituée. Il n'en est pas de la rente viagère comme d'un droit d'usufruit, qui, dans tous les cas, cesse par la mort de l'usufruitier, encore qu'il ait été établi jusqu'à ce qu'un tiers aurait atteint tel âge, et que le tiers fût encore vivant et n'eût point atteint cet âge lors de la mort de l'usufruitier. La raison de différence est que l'usufruit est un droit personnel, qui par conséquent s'éteint par la mort de la personne (art. 617); au lieu que la rente viagère n'est viagère qu'eu égard à la vie de la personne sur la tête de laquelle elle est constituée. Aussi le droit d'usufruit s'éteint-il par la mort civile de l'usufruitier comme par sa mort naturelle (*ibid*); il ne passe pas à ses héritiers jusqu'à sa mort naturelle; au lieu que la rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du créancier; elle doit être continuée à ses héritiers jusqu'à sa mort naturelle (art. 1982), ou jusqu'à la mort naturelle du tiers sur la tête duquel elle a été constituée.

130. On peut, par la même raison, constituer la rente viagère sur la tête du débiteur, et cela

présente même plus de sûreté au créancier que lorsqu'elle est constituée sur sa propre tête; il n'a point à redouter d'embûches de la part du débiteur, ni à craindre que celui-ci, pour s'affranchir de la rente, ne hâte le moment prévu pour son extinction.

131. Au surplus, quand nous disons que la rente viagère constituée sur la tête d'un tiers ne s'éteint point par la mort du créancier, mais seulement par celle du tiers, nous entendons cela, ainsi que nous avons eu soin de le dire, sans préjudice d'une convention contraire dans le contrat de constitution; car s'il résulte des termes du contrat que les parties ont entendu que la rente ne durerait que pendant la vie du créancier, elle s'éteindra effectivement par la mort de celui-ci; et la désignation du tiers sur la tête duquel elle a été constituée serait considérée comme cause spéciale d'extinction, comme ayant été insérée par quelque motif particulier aux contractans.

Et il faudrait le décider ainsi dans tous les cas où la rente établie à titre gratuit devrait être considérée comme alimentaire.

132. De ce que le tiers sur la tête duquel la rente est constituée n'a aucun droit d'en jouir, il suit de là qu'il est indifférent qu'il soit ou non capable de recevoir de la personne qui fournit les fonds, prix de la rente, ou qui la constitue à titre gratuit; fût-ce un mort civilement, la constitu-

tion n'est pas moins valable, si elle n'est nulle pour autre cause.

133. La rente viagère peut être constituée sur plusieurs têtes comme sur une seule (art. 1972).

Et cela, soit que ces diverses personnes soient des tiers qui n'auront aucun droit à la rente, soit au contraire que ce soient des personnes au profit desquelles seulement elle est constituée. Mais là se présente la question de savoir si, à la mort de l'une de ces personnes, la rente s'éteindra pour partie, dans le cas où il n'y aurait pas de clause contraire dans l'acte de constitution?

Cette question, suivant nous, ne peut être résolue de la même manière pour tous les cas de constitution sur plusieurs têtes; il faut, au contraire, distinguer.

Ainsi, dans le cas où, moyennant un prix que je fournis, je stipule à mon profit une rente viagère constituée sur la tête de Pierre et de Paul, ce qui est très-permis par le Code, la rente, à moins de déclaration contraire dans l'acte de constitution, doit subsister en entier jusqu'au décès du dernier mourant de Pierre et de Paul, parce que telle a été l'intention des parties. En désignant deux personnes, au lieu d'une seulement, le créancier de la rente a voulu augmenter la chance de sa durée, et non diviser le contrat, dans ses effets, à la mort de l'une d'elles.

Si l'on objectait que les arrérages d'une rente

viagère ne sont toujours dus que conditionnellement, c'est-à-dire sous la condition de la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, et que dès que l'une des ces personnes est décédée, la condition ne peut plus être remplie pour l'avenir, nous répondrions que la conséquence de ce raisonnement serait que la rente est totalement éteinte par ce décès, quand cependant en la constituant sur la tête de plusieurs personnes, les parties ont évidemment entendu qu'elle ne le serait qu'à la mort de toutes ces personnes. En effet, les conditions copulatives doivent être toutes remplies, pour que l'obligation contractée sous de telles conditions ait son effet; l'accomplissement de l'une d'elles seulement ne donne pas lieu de dire que l'obligation doit être exécutée pour partie : elle reste sans effet pour le tout. Or, il est cependant évident, dans l'espèce, que nous n'avons pas entendu que la rente serait éteinte par la mort de Pierre ou par celle de Jean, puisqu'il eût été inutile de faire mention de l'un et de l'autre; et nous n'avons pas entendu non plus qu'elle serait réduite, puisqu'il n'en a rien été dit dans l'acte de constitution. C'est, au contraire, comme s'il avait été dit : tant que Paul ou Pierre existera, vous me servirez telle rente; car une rente réduite à moitié ne serait certainement plus la rente qui a été établie d'abord, puisque la partie n'est pas la même chose que le tout.

134. Mais lorsque deux personnes qui fournissent en commun le prix de la constitution de la rente la constituent sur leurs têtes et la stipulent à leur profit, la mort de l'une d'elles opère, suivant nous, l'extinction de la rente pour moitié, à moins de stipulation contraire, ou de clause de reversibilité, clause assez fréquente dans les constitutions faites au profit de deux époux. Par exemple, si deux époux se font constituer une rente sur leurs têtes, moyennant une somme ou un objet de leur communauté; ou si Paul et Pierre qui ont en commun la propriété d'une maison, en font l'abandon à Jean, moyennant une rente viagère de 1,000 fr. à leur profit, et constituée sur la tête de l'un et de l'autre, ou s'ils fournissent chacun 5,000 fr. pour se faire constituer une telle rente, la mort de l'un d'eux doit, à moins de clause contraire dans l'acte, faire éteindre cette rente pour moitié. Ils sont l'un et l'autre créanciers de la rente, et chacun pour moitié, chacun d'eux ayant fourni la moitié du prix de la constitution. Or, quand une chose divisible est due à deux personnes, sans solidarité, les principes décident qu'il n'en est dû que moitié à chacune d'elles. C'est comme s'il y avait deux constitutions de rente, surtout dans le dernier cas. Au lieu que dans l'espèce précédente, où la rente appartient à la même personne, qui en a fourni seule le prix, on doit croire qu'en la constituant sur la tête de deux tiers, il a été dans l'intention

des parties qu'elle subsisterait en entier tant que ces deux personnes ne seraient pas décédées.

Toutefois, sur ce cas d'une constitution de rente au profit de deux personnes qui en ont fourni le prix, et constituée sur la tête de l'une et de l'autre, Pothier ne paraît pas être de notre avis. Suivant lui, la rente subsiste en entier jusqu'à la mort de l'une et de l'autre. Il suppose (1) qu'un homme marié en communauté s'est fait constituer à lui et à sa femme une rente viagère moyennant un certain prix provenant de sa communauté; que la femme lui a survécu et a accepté la communauté, ce qui par conséquent la fait considérer comme ayant fourni sa part du prix de la constitution, et il décide qu'à la mort du mari, la rente doit être continuée *pour moitié à ses héritiers*, et pour l'autre moitié à la femme; il ne réduit pas la rente à cette dernière moitié, ainsi que, nous le faisons; et toutefois la circonstance que dans l'espèce qu'il propose, c'est le mari seul qui a stipulé la rente sans le concours de sa femme, est absolument indifférente; car la femme, par le fait, se trouve avoir fourni la moitié du prix de la constitution, ayant accepté la communauté, et d'ailleurs le mari, en stipulant aussi pour elle, faisait de cela la condition d'une stipulation faite pour lui-même, cas dans lequel la stipulation

(1) n° 241 et suiv. de son traité *de la Rente viagère*.

pour autrui est très-valable (art. 1121). Aussi ne saurions-nous adopter la décision de Pothier sur ce point. Il nous semble qu'à la mort du mari, la rente est éteinte pour sa part; la femme n'aurait le droit de la réclamer pour le tout qu'autant qu'il y aurait, dans le contrat, clause de réversion en sa faveur.

Néanmoins on a jugé le contraire à la Cour d'Agen, le 6 avril 1827, et ensuite à la Cour de cassation, par rejet du pourvoi formé contre l'arrêt d'Agen. Voici dans quelle espèce.

En 1812, les époux Thouzeau vendirent un immeuble aux époux Sacriste, moyennant une rente viagère stipulée au profit des vendeurs. Le contrat ne disait point que, au cas de décès de l'un des rentiers, la rente serait réduite à moitié, mais il ne disait pas non plus qu'elle continuerait à être servie en totalité au survivant.

Thouzeau, l'un des créanciers de la rente, décède bientôt, et sa veuve veut alors percevoir à elle seule la totalité de la rente. La veuve Sacriste, débitrice de ladite rente, lui oppose qu'elle n'a droit qu'à la moitié seulement; qu'elle n'a jamais eu un droit plus étendu, et que le décès de son mari, à qui appartenait l'autre moitié, n'a pu tourner à son profit, mais bien au profit du débiteur, en faveur duquel la rente a dû ainsi commencer à s'éteindre.

Jugement du tribunal de Marmande, en date du 31 août 1826, qui rejette ce système de dé-

fense, et déclare que la veuve Thouzeau a droit à tous les arrérages échus de la rente telle qu'elle fut créée, et à tous les arrérages à échoir.

Appel par la veuve Sacriste, devenue seule débitrice de la rente, et arrêt confirmatif de la Cour d'Agen, par les motifs suivans : « Attendu que la rente a été créée sous l'empire du Code civil; que la constitution de la rente sur plusieurs têtes a été prévue par l'article 1972 de ce Code; qu'il n'existe dans ce Code aucune disposition qui ordonne la diminution de la rente à mesure de l'extinction des têtes; que les parties, en créant cette rente, n'ont fait aucune stipulation à cet égard; que ce n'est que comme adjudicataire des biens de son mari, que les arrérages de cette rente sont réclamés contre la veuve Sacriste; que le mari était débiteur de la totalité de la rente, et que sa femme, quoiqu'elle figurât dans l'acte, n'a dû être considérée que comme caution; qu'au surplus, par l'article 4 du cahier des charges, qui a servi de base à l'adjudication en faveur de la veuve Sacriste, fut imposée à l'adjudicataire l'obligation de servir à la veuve Thouzeau la rente telle qu'elle a été établie par l'acte de constitution; qu'ainsi, sous tous ces divers rapports, la veuve Sacriste est tenue de payer la totalité de la rente. »

Pourvoi en cassation par la veuve Sacriste, pour fausse application de l'article 1972 du Code

civil, et violation, disait-elle, des principes anciens en matière de rentes viagères.

C'est sur la disposition de l'article 1972, a dit la demanderesse, que s'est fondée la Cour d'Agen; or, quelle est cette disposition? uniquement celle-ci : « Que la rente viagère peut être constituée sur plusieurs têtes. » Elle ne porte pas autre chose; mais il ne résulte pas de là que, lorsqu'une chose essentiellement divisible est due à deux personnes, le décès de l'une d'elles fasse passer le droit à cette chose tout entière à la personne survivante, alors que les conventions des parties sont muettes sur ce point : devoir une chose divisible à deux personnes, c'est en devoir moitié à chacune d'elles, et chacune d'elles en effet peut exiger cette moitié en son nom particulier, et ne peut exiger que cela; son droit est tout à fait indépendant du droit de l'autre créancier; il peut subsister alors que l'autre s'éteint; mais il subsiste en ce cas tel qu'il était; il ne reçoit pour cela ni extension ni restriction. Dira-t-on que ces règles ne sont pas applicables aux rentes viagères? Mais pourquoi cela? Où est la disposition qui autorise une exception en faveur des créanciers de rentes viagères? Le Code civil ne dit pas un mot à cet égard. Le Droit ancien était favorable au système du pourvoi (1); il est

(1) Non pas suivant ce que décidait Pothier, du moins sur le cas que nous avons rapporté.

certain que selon ce Droit, les rentes viagères constituées au profit de deux époux s'éteignaient pour moitié au décès de l'un d'eux, à moins de convention contraire; et puisque le Droit nouveau n'a dérogé ni explicitement ni implicitement à ces principes, on doit donc en faire l'application aux rentes créées sous le Code.

Ces raisons n'ont toutefois pas prévalu; le pourvoi a été rejeté en ces termes : « La Cour, en ce qui touche le moyen fondé sur la fausse application de l'article 1972 du Code civil, et la violation des anciens principes, qui n'attribuaient au survivant des époux que la moitié des arrérages des rentes viagères constituées au profit des deux époux, attendu que les principes invoqués par la demanderesse en cassation étaient fondés sur les dispositions des coutumes qui défendaient aux époux de s'avantager (1), et que ces dispositions prohibitives ont été abrogées par l'article 1094; attendu que la rente dont il s'agit ayant été créée sous l'empire du Code civil, la propriété des arrérages de cette rente a dû être déterminée en conformité dudit Code; attendu que l'arrêt attaqué, en décidant que le créancier avait droit à la propriété de la totalité des arré-

(1) Mais ce n'était pas ce qui déterminait Pothier, car, tout en voulant que la rente subsistât en entier nonobstant la mort de l'un des époux rentiers, il décidait que la moitié des arrérages devait être servie aux héritiers de cet époux, dans les coutumes où il n'était pas permis à l'un des conjoints d'avantager l'autre pendant le mariage.

rages de la rente dont il s'agit, n'a fait qu'une juste application de l'article 1972 et des articles 1973 et 1094 du Code civil, etc. ; rejette.

Ce n'est pas notre avis, et la Cour, pour être conséquente, devrait décider la même chose dans le cas où la rente serait constituée sur la tête et au profit de deux personnes autres que des époux, et qui auraient fourni chacune la moitié du prix de la constitution ; car la raison serait absolument la même, et cependant il est évident qu'elles ne seraient chacune créancière que pour moitié, tout comme si dans tout autre contrat elles avaient stipulé une somme sans clause de solidarité.

135. D'après ce qui précède, l'on doit, dans le cas où un individu donne ou lègue une rente viagère à plusieurs personnes, bien distinguer en quels termes est conçue la disposition. Par exemple, s'il a simplement dit : Je donne ou lègue aux mariés N.... une rente viagère de...., chacun des époux, suivant nous, n'a droit à la rente que pour moitié ; par conséquent, et en l'absence de toute clause de non-réduction ou de reversibilité, la rente se réduit de plein droit à moitié au décès de l'un d'eux.

Mais s'il a dit : Je donne ou lègue telle rente à Paul, pour passer, à la mort de celui-ci, à sa femme (ou à un tiers), la rente appartient en totalité à Paul, et après sa mort, en totalité aussi

à sa femme, si elle vit encore. Il y a deux constitutions successives, et cette disposition n'a point le caractère des substitutions prohibées, en principe, par l'article 896. Il n'y a pas là disposition avec charge de conserver et de rendre à un tiers, car Paul est simplement *créancier* de la rente pour le temps durant lequel il aura le droit d'en jouir, et il n'a point à la *conserver* pour la rendre à sa femme; au lieu que dans la substitution, le donataire ou légataire grevé de restitution a bien tout le droit, toute la chose donnée ou léguée, mais à la charge de la conserver pour la rendre. C'est un propriétaire, et non pas un simple créancier *ad tempus*.

136. Dans le cas où deux individus ont stipulé une rente viagère à leur profit, constituée sur leurs têtes, et en fournissant chacun la moitié du prix de la constitution, avec clause de non-réduction au cas de mort de l'un d'eux, ou de réversibilité, on ne saurait voir, en général, dans cette clause, un avantage fait par le prédécédé au profit du survivant; la constitution est un contrat aléatoire aussi sous ce rapport, puisque la chance de survie était pour l'un comme pour l'autre.

Mais si les rentiers sont deux époux qui ont fourni le prix de la rente en effets de leur communauté, et que la femme survive et renonce à la communauté, comme alors elle se trouve n'avoir fourni aucun prix pour la constitution, la

continuation de la rente à son profit serait un véritable avantage qu'elle retirerait de son mari; l'avantage serait seulement de moitié si la rente s'était éteinte pour partie à la mort de celui-ci.

137. La rente viagère peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne (art. 1973).

138. Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations; mais elle est sujette à réduction, en cas d'excès du disponible, et à nullité pour incapacité, dans le tiers, de recevoir de celui qui en a fourni le prix (*ibid*).

139. Ainsi, je puis très-bien, en vendant mon fonds à Paul, stipuler que, outre le prix convenu, il servira à ma nièce une rente viagère pendant la vie de celle-ci; c'est un des cas prévus à l'article 1121, le cas d'une stipulation pour autrui, qui est la condition d'une stipulation que je fais pour moi-même. Je puis aussi, en faisant donation de ma maison à Paul, y mettre la condition qu'il servira telle rente viagère à ma nièce, autre cas prévu aussi par le même article. Il arrive assez souvent aussi que celui qui fournit les deniers d'une constitution de rente pour lui, stipule qu'après sa mort la même rente sera servie, en tout ou partie, à un tiers désigné au contrat.

Dans tous ces cas, lorsque le tiers aura déclaré vouloir profiter de la stipulation faite à son profit, celui qui a fait cette stipulation ne pourra plus la révoquer (même art. 1121); mais jusque-là, il lui est loisible de le faire, ainsi qu'il résulte de cet article, et comme nous l'avons d'ailleurs démontré en l'analysant, au tome x, nº 244 et suivans.

140. Du reste, de quelque manière que le tiers accepte la constitution de rente faite à son profit, cette acceptation est valable; c'est aussi sous ce rapport que notre article 1973 dit que, quoique la constitution de rente ait, dans ce cas, les caractères d'une libéralité, elle n'est néanmoins point assujettie *aux formes requises pour les donations :* tellement que le tiers accepterait valablement en touchant simplement un terme des arrérages de la rente.

141. La constitution au profit d'un autre que celui qui en fournit le prix serait également valable lors même qu'elle ne serait pas la condition d'une stipulation que ce dernier ferait pour lui-même, ou d'une donation qu'il ferait à un autre, mais bien une stipulation unique; par exemple dans le cas où je vous compterais telle somme pour que vous vous obligiez à servir telle rente à ma nièce pendant sa vie, ou pendant la vie de telle personne. L'article 1973 ne distingue pas, sa

disposition est générale, et par conséquent elle rend sans application celle de l'article 1119, portant qu'on ne peut, en général, stipuler pour un autre que pour soi-même.

142. Dans le cas où le tiers au profit duquel la rente a été stipulée serait incapable de recevoir de celui qui en a fourni la valeur, le débiteur ne pourrait pas pour cela se refuser à la servir; cette incapacité est une chose qui ne le regarde pas. En conséquence, la rente devrait être servie à celui qui a fourni la valeur, ou à ses héritiers, jusqu'au moment prévu par le contrat pour son extinction, c'est-à-dire jusqu'à la mort du tiers, si c'était sur sa tête qu'elle eût été constituée.

143. Le contrat de rente viagère étant un contrat aléatoire, il est clair qu'il n'y a point de *chance* de gain ou de perte, et par conséquent point de contrat, lorsque la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée était morte au temps du contrat; la constitution alors ne peut produire aucun effet (art. 1974). Par conséquent ce qui a été payé comme prix de la constitution est sujet à répétition, comme ayant été payé *sine causâ.*

144. Cela n'est pas douteux dans le cas où celui qui a fourni la valeur de la rente ignorait, au temps de la constitution, la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été consti-

tuée; car le vice d'erreur, qui tombe ici sur la substance même du contrat, le rend nul et donne par conséquent lieu à la répétition de ce qui a mal à propos été payé comme prix de cette constitution; mais dans le cas où il connaissait la mort du tiers, évidemment c'est une libéralité qu'il a voulu faire au constituant, de la chose qu'il lui a donnée pour prix de la constitution. Or, si, d'une part, cette libéralité n'est pas valable sous le rapport de la forme, en tant que les formalités prescrites pour la validité des actes portant donation n'ont pas été observées, que notamment l'acceptation *expresse* ne s'y rencontrerait pas; d'autre part, cette donation reçoit toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat: c'est un don manuel, et les dons de cette nature, ainsi que nous l'avons démontré en traitant des donations, au tome VIII, n'ont pas besoin d'être fait par acte. Tout ce qu'il y a à conclure de celui qui renferme la constitution de rente, c'est que cet acte est nul, par conséquent c'est comme s'il n'existait pas. D'après cela, les deniers comptés ne sont point sujets à répétition; mais sans préjudice de l'action en réduction des héritiers à réserve, si la quotité disponible avait été dépassée, et même de l'action en restitution pour cause de nullité, si celui qui les a reçus était incapable de recevoir à titre gratuit de la personne qui les lui a comptés.

Ce que nous disons, que cette personne ne peut répéter les deniers dans le cas dont il s'agit, parce qu'elle en a fait un don manuel valable, est confirmé par ce qu'a écrit Pothier dans son traité *du Contrat de rente viagère*, n° 219 et suiv. Il suppose qu'une rente viagère est constituée simplement au taux ordinaire et légal de l'intérêt, et il dit qu'en ce cas, le contrat est censé renfermer une donation qui est faite au constituant de la somme d'argent qu'il reçoit, sous la réserve de la jouissance de cette somme pendant le temps que doit durer la rente, et pour le prix de laquelle jouissance le constituant s'oblige à payer ladite rente; ce qui est parfaitement vrai; et Pothier ajoute que cette donation étant d'une somme de deniers, elle reçoit toute sa perfection et sa consommation par la tradition réelle des deniers qui est faite lors du contrat; qu'il n'est pas besoin que l'acte soit conçu dans la forme des donations, ni qu'il soit insinué, une donation de deniers, lorsqu'il y a tradition réelle de ces deniers, pouvant se faire sans qu'il en soit passé acte. La constitution de la rente n'est pas la donation même, mais la charge sous laquelle le don a été fait au constituant, et l'acte ne se passe que pour la preuve de cette charge. Or, la raison est la même dans le cas en question : la somme comptée pour une constitution de rente viagère, par celui qui savait que la personne sur la tête de laquelle la rente était constituée n'existait plus à cette époque, est une

véritable libéralité comme dans le cas prévu par Pothier : toute la différence, c'est qu'elle est plus considérable, puisqu'aucun arrérage ne doit être payé, mais cette différence ne fait rien quant à la question de savoir si ce don manuel est valable, s'il est ou non sujet à répétition ; la vérité est qu'il n'y est sujet ni dans l'un ni dans l'autre cas. Dans le nôtre aussi, la constitution de rente n'est pas la donation, c'est la tradition des espèces qui constiue réellement le don ; l'acte de constitution est seulement un acte nul, comme simulé.

145. La disposition de notre article 1974, qui déclare nul tout contrat de rente viagère créée sur la tête d'une personne qui était morte au jour du contrat, est bien en harmonie avec celle de l'article 2056 du Code civil, portant que la transaction faite sur une contestation terminée par un jugement passé en force de chose jugée, est nulle, si le jugement était ignoré des parties ou de l'une d'elles, au temps de la transaction. Et en effet, il n'y avait plus d'incertitude sur le droit ; or, il est de l'essence des transactions d'intervenir sur un droit plus ou moins douteux, *in rem dubiam.* Mais cette même disposition n'est point en harmonie avec celle de l'art. 365 du Code de commerce, qui déclare valable le contrat d'assurance fait après la perte ou l'arrivée des objets assurés, dans le cas où il est certain qu'au moment de la signature du contrat, l'assuré ignorait la perte, ou l'assureur l'arrivée des objets. Ici évidemment c'est

l'opinion des contractans, et non le risque, qui fait la base du contrat, puisqu'il n'y avait plus de risque au temps où il a eu lieu; il n'y en avait plus, en effet, dans le cas où les objets se trouvaient déjà avoir péri, et il n'y en avait plus aussi dans le cas où ils étaient déjà arrivés. On ne peut guère expliquer cette contradiction de principes, qu'en disant que les autres peuples commerçans ayant généralement admis la validité du contrat d'assurance dans ces mêmes cas, les rédacteurs du Code de commerce n'ont pas cru devoir s'éloigner du Droit suivi par les autres nations sur ce point.

146. Le contrat de rente viagère est pareillement nul lorsque la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date du contrat (art. 1975).

En effet, le risque, pour le constituant, de servir la rente pendant un temps plus ou moins long, était nul ou presque nul dans ce cas, et la chance, pour le bailleur de deniers, de recevoir les arrérages de cette rente pendant le même temps, était également nulle ou presque nulle; or, ce contrat est essentiellement aléatoire; la somme payée pour prix de la rente se trouve donc l'avoir été *sine causâ*, et, comme telle, elle est sujette à répétition.

Mais il faut pour cela, 1° que la personne sur

la tête de laquelle la rente a été constituée fût atteinte de maladie lors du contrat; 2° qu'elle soit morte de cette même maladie; et 3° qu'elle soit morte dans les vingt jours de la date de l'acte de constitution; en sorte que si elle n'était point malade au jour du contrat, quand bien même elle serait venue à mourir peu de jours après, le lendemain même, la constitution de rente serait valable, parce que la chance de gain ou de perte existait réellement au moment où elle a eu lieu. Et si, quoiqu'atteinte de maladie au temps du contrat, la personne est venue à mourir par une autre cause, quoique dans les vingt jours de la date de l'acte, par exemple par suite de la ruine d'un bâtiment, d'un incendie, etc., la constitution est parfaitement valable, et doit sortir tous ses effets; car il est incertain, dans ce cas, si la personne serait morte dans les vingt jours de la date de l'acte, et de la maladie dont elle était atteinte au temps où il a été passé. Enfin quand bien même elle serait venue à mourir de cette même maladie, si elle n'est décédée qu'après les vingt jours depuis le contrat, ce contrat est valable, encore que la personne fût morte d'une affection chronique; car bien que, dans ce cas, la cause de la mort existât au temps du contrat, et qu'elle n'ait pas cessé d'exister, néanmoins la loi, pour prévenir les difficultés sur un point aussi délicat, et la plupart du temps si difficile à juger en fait, s'est vue dans la nécessité de fixer un dé-

lai, et elle l'a fixé à vingt jours. Elle a voulu, à cet égard, écarter tout arbitraire de la part des tribunaux.

147. M. Delvincourt décidait bien que ce serait à celui qui demanderait la nullité du contrat, à prouver que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée était morte au temps de l'acte de constitution, ou était atteinte de la maladie dont elle estmorte dans les vingt jours de sa date; mais il pensait qu'une fois la preuve de la maladie faite, il y avait présomption que la mort a été la suite de cette maladie, et que ce serait par conséquent au défendeur à prouver le contraire, s'il le prétendait. Nous ne sommes pas de cet avis: c'est au demandeur à prouver qu'il est dans le cas prévu par la loi; or, ce cas c'est celui de mort par suite de la maladie dont était atteinte la personne, et dans les vingt jours de la date de l'acte. Il doit tout prouver, comme demandeur.

148. Ricard (1) décide, avec raison, que si la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée est une femme enceinte, qui est venue à mourir des suites de ses couches, dans les vingt jours du contrat, la constitution de rente n'est pas moins bonne, attendu que l'état de grossesse

---

(1) *Des Donations*, part. 1re, nos 108 *et seq.*

ne doit point être regardé comme un état de maladie, mais comme un effet ordinaire de la nature. M. Delvincourt, tout en approuvant cette décision, la modifie toutefois pour le cas où la femme était contrefaite au point de faire craindre que l'accouchement ne fût périlleux. Nous n'admettons point nous-mêmes cette modification; cet état n'est pas non plus une *maladie*, et ce serait trop laisser à l'arbitraire, car des femmes contrefaites enfantent souvent heureusement.

149. On a demandé si la disposition de notre article 1975 s'applique au cas où la rente est constituée sur la tête de celui qui en fournit le prix et qui doit en jouir? On a prétendu que non, et l'on donnait pour raison : 1° que l'article 1975, en disant *il en est de même*, etc., se réfère au cas prévu à l'article précédent; or, dans celui-ci, il est évident qu'il s'agit d'une rente constituée sur la tête d'une personne autre que celle qui en fournit la valeur et qui a le droit d'en jouir; 2° que dans le cas, au contraire, où c'est sur la tête du bailleur de fonds lui-même que la rente est constituée, ce bailleur de fonds, atteint, lors du contrat, de la maladie dont il meurt dans les vingt jours suivans, a eu évidemment en vue, connaissant son état, de faire une libéralité à celui qui a reçu les deniers et promis la rente; or, comme nous l'avons dit plus haut, les libéralités de sommes, exécutées par le paiement ou la déli-

vrance des deniers, comme dans l'espèce, sont parfaites par cette exécution.

Mais on peut répondre que l'article 1975 ne se réfère à l'article 1974, qu'autant qu'il veut dire que le contrat est nul dans le cas qu'il prévoit, comme il est nul dans celui de l'article 1974, et le cas qu'il prévoit est celui d'une rente constituée sur la tête d'une personne atteinte d'une maladie dont elle est venue à mourir dans les vingt jours de la date du contrat, et cela s'applique aussi bien au cas où la rente est constituée sur la tête de celui qui en fournit la valeur et qui doit en jouir, qu'au cas où elle est constituée sur la tète d'un tiers qui n'y a aucun droit, puisque l'article ne fait aucune distinction. On répond au second argument en disant que la personne malade au temps du contrat ne doit pas nécessairement être supposée avoir eu en vue le cas de sa mort prochaine; elle pouvait fort bien ignorer la gravité de son état, et l'on voit tous les jours des personnes atteintes d'une grave affection chronique se faire illusion à cet égard; en sorte qu'on ne peut pas dire avec certitude que celle qui a fourni les deniers pour obtenir une constitution de rente à son profit, et qui était malade à cette époque, a eu en vue de conférer une libéralité au constituant. La question a été jugée dans le sens de la nullité du contrat, par arrêt de la Cour de Rouen, en date du 25 janvier 1808 (1), et en

(1) Sirey 1808-2-72.

conséquence les héritiers du bailleur de fonds ont été admis à répéter les deniers fournis pour la constitution de la rente.

150. S'est présentée aussi la question de savoir si la constitution est nulle dans le cas où la rente a été constituée sur la tête de plusieurs personnes dont l'une était atteinte, au temps du contrat, d'une maladie dont elle est morte dans les vingt jours de la date de l'acte; et l'on a jugé avec raison que la constitution n'était point nulle, attendu que la chance de gain ou de perte n'en existait pas moins, quoique à un moindre degré. Arrêt de la Cour de cassation du 20 février 1820. *Bulletin de la Cour de cassation*, n° 20.

151. M. Delvincourt décidait que, si l'acte de constitution de rente est sous signature privée et sans date certaine, il sera présumé fait dans les vingt jours qui ont précédé la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée, sauf la preuve contraire, qui pourrait, disait-il, résulter des circonstances, ou se faire par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit.

Il nous semble qu'une telle décision est contraire aux principes du Droit commun, notamment à l'article 1322, portant que l'acte sous seing privé fait, entre les parties contractantes, leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que

l'acte authentique. M. Delvincourt ne décidait probablement de la sorte, que parce qu'il supposait que la constitution de rente, dans ce cas, cache quelque libéralité; mais il est de jurisprudence à peu près constante(1), que le testament olographe fait foi de sa date, sauf aux héritiers du testateur qui a été depuis interdit (ou qui est mort insensé sans avoir été interdit), à prouver, par tous les moyens de droit, que leur auteur a testé pendant l'interdiction ou la démence, et que le testament a été antidaté. Nous ne voyons pas sur quelle disposition de la loi M. Delvincourt fonde la présomption qu'il allègue : par conséquent nous croyons, au contraire, que ce serait aux héritiers du constituant, qui prétendraient que l'acte a été fait dans les vingt jours qui ont précédé le décès de leur auteur, à faire la preuve de ce fait. Mais ils devraient être admis à la faire même par témoins sans commencement de preuve par écrit, vu l'impossibilité où ils étaient de se procurer une preuve écrite de leur allégation, ce qui rendrait l'article 1348 applicable à la cause.

152. Comme il est impossible d'évaluer au juste la chance de gain et de perte qui forme l'essence de ce contrat, puisque, indépendamment des cas fortuits, cette chance est en raison de l'âge, de l'état de santé et du genre de vie de la

(1) Voyez, tome III, nº 773, tome VIII, nº 166, et tome IX, nº 47.

personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, toutes choses qui varient à l'infini, la loi s'est vue dans la nécessité de permettre aux parties de constituer la rente au taux qu'il leur plairait de convenir (art. 1976); en sorte que, même pour les rentes viagères constituées depuis la loi du 3 septembre 1807, qui fixe le taux de l'intérêt à cinq pour cent, sans retenue, en matière civile, et à six pour cent en matière de commerce, il n'y aurait pas lieu de prétendre, quelqu'élevé que fût le taux de la rente, qu'il y a usure dans la constitution, et en conséquence que la rente doit être réduite.

153. Mais il ne faut toutefois pas que ce contrat serve de voile à des prêts ou à des conventions usuraires. Ainsi, il arrive quelquefois, comme nous le dit Pothier, dans son traité *du Contrat de rente viagère*, n° 245, qu'il est stipulé, par le contrat de rente viagère, qu'après la mort de celui à qui la rente est constituée, le constituant rendra aux héritiers une certaine partie de la somme qu'il a reçue pour prix de la constitution, *putà* le tiers, le quart, la moitié; le contrat fait avec cette clause, dit Pothier, n'a rien d'illicite. Il renferme deux contrats : un contrat de vente de la rente viagère, pour le prix de la somme qui doit rester au constituant, et un prêt gratuit qui lui est fait de celle qu'il doit rendre.

La même chose pourrait avoir lieu, par consé-

quent, dans le cas où la rente serait constituée sur la tête d'un tiers, et où le bailleur de fonds stipulerait pour lui ou ses héritiers la restitution, lors de l'extinction de la rente, d'une partie du capital par lui fourni. Et quoique le contrat ne fît mention que de lui et non de ses héritiers, le bénéfice de la clause s'étendrait néanmoins à eux, en vertu du principe que nous sommes censés avoir aussi stipulé pour nos héritiers en stipulant pour nous-mêmes, à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention ou de l'intention des parties (art. 1122).

Mais, ajoute Pothier, il faudrait décider autrement si la somme qui devrait, d'après le contrat, rester au constituant, n'était pas assez forte pour pouvoir raisonnablement être considérée comme le prix de la rente viagère. Par exemple, si l'on avait constitué à une personne qui ne fût pas trop avancée en âge, 300 livres de rente viagère pour le prix de 3,000 livres, dont 2,000 livres devraient être rendues aux héritiers du constituant, qui retiendrait seulement les 1,000 livres restantes; en ce cas, dit Pothier, le contrat de constitution devrait être déclaré nul et usuraire, comme contenant un prêt à intérêt déguisé, et tous les arrérages qui auraient été payés devraient être imputés sur le principal.

Aujourd'hui qu'il est permis de convenir d'intérêts en matière de prêt, et au taux fixé par la loi, cette dernière partie de la décision de Pothier

ne serait pas suivie : il n'y aurait pas lieu d'imputer sur la partie du capital à restituer tous les arrérages qui auraient été payés, mais il y aurait lieu à réformer les effets de cette convention, pour en purger autant que possible, *et ex æquo et bono*, le vice d'usure; et à cet effet, les tribunaux pourraient ordonner qu'une partie de ces mêmes arrérages devraient s'imputer sur la portion du capital à restituer d'après le contrat.

154. Quelquefois, dit encore le même auteur, le contrat de constitution de rente viagère est mélangé de constitution de rente perpétuelle. Par exemple, on convient quelquefois qu'après la mort de celui à qui la rente est constituée, le constituant continuera à ses héritiers une rente perpétuelle de tant, rachetable moyennant telle somme : comme si, pour une somme de 3,000 fr. que je recevrais de vous, je vous constituais 200 fr. de rente viagère pendant votre vie, laquelle rente, après votre mort, sera réduite à 50 fr. jusqu'au rachat, qui en pourra être fait moyennant la somme de 1,000 fr. par moi ou mes héritiers.

Et il faut remarquer que, dans ce cas, je ne pourrais, malgré vous, vous faire le remboursement de ces 1,000 fr., pour m'affranchir, ainsi que mes représentans, de l'obligation de servir la rente perpétuelle de 50 fr. à vos héritiers; car, bien que le débiteur d'une rente perpétuelle ait la faculté d'en faire le rachat (art. 1911), et que,

dans l'espèce, il y ait rente perpétuelle quant à ces 50 fr., néanmoins les deux rentes ayant été constituées pour un seul et même prix, qui a été fixé en conséquence, le rachat ne peut en avoir lieu du vivant du créancier malgré lui. L'effet de ces deux rentes n'a pas lieu simultanément : celui de la rente perpétuelle ne doit commencer qu'après l'extinction de la rente viagère, et par conséquent ce ne doit être qu'à cette époque, lorsque la rente aura uniquement le caractère de rente perpétuelle, que le débiteur doit avoir le droit d'en faire le remboursement. Telle est aussi la décision de Pothier.

Cet auteur pense pareillement que rien n'empêche de convenir que la rente perpétuelle dont il s'agit sera servie à un taux supérieur à l'intérêt légitime de la somme pour laquelle le rachat en pourra être effectué après la mort du créancier; par exemple sur le pied de 50 fr. annuellement, quoique la somme à rembourser pour le rachat fût, d'après le contrat, de 800 fr. seulement. Car le taux des rentes se règle sur la somme payée pour le prix de la constitution, et non sur celle dont il plaît aux parties de convenir pour le rachat, somme qui peut être moindre que celle qui a été payée pour le prix de la constitution. D'ailleurs, ce n'est pas une somme de 800 fr. qui, dans l'espèce, a été payée pour prix de la constitution de cette rente perpétuelle, puisque la somme pour laquelle cette rente et la rente via-

gère ont été constituées ne formait qu'un seul et même prix. Ajoutez que la clause qui réduit à 800 fr. la somme pour laquelle le débiteur et ses héritiers pourront se libérer du service de la rente de 50 fr., au lieu de payer 1,000 fr. pour cela, étant toute dans leur intérêt, ils ne peuvent s'en plaindre; et les héritiers du créancier ne le peuvent pas davantage, puisque leur auteur pouvait très-bien ne stipuler cette rente perpétuelle que pour une somme moindre de 50 francs, et même n'en pas stipuler du tout.

Par la même raison on a pu convenir que cette rente à servir aux héritiers du créancier serait d'une somme moindre que l'intérêt légal de la somme qui serait nécessaire pour en faire le rachat; par exemple, que la rente serait de 40 fr., tandis que la somme pour laquelle elle pourrait être rachetée serait de 1,000 fr.

155. Quoique la rente viagère puisse être constituée au taux qu'il plaît aux parties contractantes de fixer, rappelons-nous néanmoins ce que nous avons dit plus haut, avec Pothier, savoir, qu'il y a réellement libéralité lorsque la rente est simplement constituée à un taux qui ne dépasse point ou qui ne dépasse que de fort peu de chose le taux de l'intérêt légal de la somme qui est comptée pour prix de la constitution; que, dans ce cas, il y a lieu, au profit des héritiers du bailleur de fonds, à l'action en réduction, en cas d'excès

du disponible, et même à l'action en restitution de la somme entière, si celui qui a reçu les deniers était incapable de recevoir de la personne qui les lui a comptés.

156. Observons aussi que, suivant l'article 918, la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit *à charge de rente viagère*, soit à fonds perdu (1), ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, s'impute sur la quotité disponible, et que l'excédant, s'il y en a, se rapporte à la masse; mais toutefois que cette imputation et ce rapport ne peuvent être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe qui ont consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les collatéraux.

Comme cette disposition a été analysée avec étendue au titre des *Successions*, en parlant *des Rapports*, tome VII, n° 328 et suivans, et aussi au titre *des Donations et Testamens*, tome VIII, n° 328 *et seq.*, on peut recourir à ce que nous avons dit à cet égard.

157. Pothier (n° 243) ne considérait le contrat de rente viagère que comme un contrat *purement unilatéral*, obligeant seulement la partie qui constitue la rente, quoique d'ailleurs du nombre

---

(1) Ce qui est la même chose que l'aliénation moyennant une rente viagère, quoique le Code paraisse en faire un autre cas.

des contrats intéressés de part et d'autre, ou commutatifs, et en conséquence il décidait qu'il n'est pas nécessaire, lorsque les parties traitent sous signature privée, de faire l'acte en double original. Il dit aussi (n° 221) que ce contrat, « non-seulement lorsqu'il ne renferme qu'une do- « nation, mais encore lorsqu'il renferme une « vente, est, de même que le contrat de consti- « tution de rente perpétuelle, un contrat *réel*, qui « n'est parfait que par le paiement de la somme « convenue pour le prix de la constitution; que « ce n'est que du jour du paiement de cette somme, « que l'obligation du constituant est contractée, « et que la rente commence à courir.» Mais cette doctrine est inexacte sur l'un et l'autre point.

Nous concevons très-bien que, lorsque la rente viagère est constituée moyennant une somme qui est payée à l'instant même, il ne soit pas nécessaire de faire l'acte sous seing privé en autant de doubles qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct; il suffit d'un seul original, qui est remis au créancier, puisqu'il n'y a d'obligation à remplir que de la part de celui qui a constitué la rente : seulement il serait nécessaire, si l'acte n'était pas écrit en entier de la main du débiteur, que, outre sa signature, il contînt un *bon* ou *approuvé* portant en toutes lettres la somme promise, conformément à l'article 1326, et sauf encore les cas d'exception exprimés au même article, et tirés de la qualité de la personne. Mais

comme la rente viagère peut être constituée non-seulement moyennant une somme d'argent, mais encore comme prix de la cession d'objets mobiliers ou d'immeubles (art. 1968), il est clair que si, par exemple, je vous cède ou vends ma maison moyennant une rente viagère, ou si, par une transaction, je vous abandonne un droit contesté entre nous, moyennant aussi une rente viagère, l'acte, dans l'un et l'autre cas, devra être fait en double original, d'après l'article 1325. Pothier était, à tort, préoccupé de l'idée que la rente viagère constituée à titre onéreux est toujours établie moyennant une somme de deniers, ou du moins moyennant une chose mobilière livrée à l'instant même, et c'est pour cela qu'il classe ce contrat parmi les contrats *réels*, c'est-à-dire parmi les contrats qui ne reçoivent leur perfection que par la tradition de la chose, comme les deux espèces de prêt et le dépôt. Or, certainement, dans les deux cas que nous avons donnés en exemple, le contrat n'est point réel, mais bien du nombre de ceux qui reçoivent leur perfection du seul consentement des parties, et qu'on appelle, pour cela, dans la doctrine, contrats *consensuels*. Et si l'on disait que, dans ces cas, c'est une vente de l'immeuble, une transaction sur l'objet en contestation entre vous et moi, nous répondrions qu'on peut tout aussi bien considérer le contrat comme une constitution de rente, que comme une vente ou une transaction, puisque les parties ont bien

pu en effet l'envisager ainsi. Le Code lui-même fait prédominer le caractère et les effets du contrat de rente, puisqu'il ne permet pas de demander la résiliation du contrat et la restitution de l'immeuble pour le seul défaut du paiement des arrérages (art. 1978), tandis qu'il permet très-bien au vendeur de demander la résiliation du contrat et la restitution de l'immeuble, pour défaut de paiement du prix (art. 1654).

D'ailleurs, en supposant même la constitution faite moyennant une somme, quelle serait donc la raison qui empêcherait les parties de convenir que le prix de cette constitution ne sera payable qu'au bout d'un certain temps, par exemple au bout de six mois? Bien certainement une telle constitution serait parfaite par le seul consentement des parties, et si la personne sur la tête de laquelle la rente serait constituée venait à mourir avant l'expiration de ce délai, la somme serait bien acquise au constituant, et celui-ci aurait bien action pour se la faire payer, à moins que les parties n'eussent entendu que le contrat ne commencerait à produire ses effets que lorsque le prix de la rente serait compté au constituant, ce qui ne se présumerait pas facilement. Quant aux arrérages, ils commenceraient aussi à courir du jour du contrat, à moins de convention contraire, puisque de ce jour les risques de l'extinction seraient à la charge de celui qui a promis la somme pour avoir la rente. Ainsi ce contrat, de sa na-

ture, n'est point *réel*, comme l'est le prêt ou le dépôt ; on ne peut concevoir ces derniers contrats sans une chose prêtée ou déposée, mais on peut très-bien concevoir une constitution de rente viagère à titre onéreux quoiqu'aucune chose ne soit actuellement remise au constituant ; il suffit pour cela qu'une chose lui soit promise pour prix de la constitution ; et si elle ne lui est pas payée ou remise, il peut demander la résiliation du contrat, avec dommages-intérêts, en vertu de l'article 1184.

158. Quoique la rente viagère n'ait pas, comme la rente constituée en perpétuel, de capital, et que sa valeur, en réalité, se compose des arrérages qui en seront successivement payés, néanmoins on a considéré la rente elle-même comme une sorte d'être moral produisant des fruits, sous le nom d'*arrérages*, tout de même que la rente constituée en perpétuel ; et en conséquence l'on a décidé que l'usufruit d'une rente viagère donne à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution (art. 588).

De même, dans le cas de communauté entre époux, si l'un d'eux, au jour du mariage, est créancier d'une rente viagère, et qu'il ait stipulé la reprise de son mobilier, ou que la communauté soit réduite aux acquêts, il n'aura pas pour cela le droit de reprise quant aux arrérages de la rente

perçue pendant la communauté, droit qu'il aurait cependant incontestablement si l'on considérait ces arrérages comme partie du fonds du droit de rente; mais, au contraire, on les considère comme de simples fruits produits par ce droit.

Et la décision est la même, encore que la rente viagère soit venue à s'éteindre durant l'usufruit ou la communauté, et qu'ainsi l'usufruitier ou la communauté se trouve avoir perçu toute l'utilité de cette rente, tout ce qui, par l'évènement, en formait réellement la valeur : l'obligation de l'usufruitier de conserver la substance de la chose, pour la rendre à la fin de l'usufruit, n'est pas méconnue par là; car la substance de la chose dans l'usufruit d'une rente viagère, c'est le droit de percevoir les arrérages au fur et à mesure de leur échéance, et non les arrérages eux-mêmes, quoique, en réalité, ces arrérages forment toute la valeur de la rente; or, lorsque la substance vient à périr sans la faute de l'usufruitier, celui-ci est déchargé. C'est comme si l'usufruit eût été établi sur un animal qui serait venu à périr sans la faute de l'usufruitier.

Dans l'ancienne jurisprudence, on n'admettait pas, dit Pothier, les constitutions de rente perpétuelle en denrées, sauf en matière de rentes foncières. On avait craint que ce ne fût un moyen de favoriser des contrats usuraires. Mais comme la rente viagère pouvait comme aujourd'hui être établie au taux qu'il convenait aux parties de

fixer, le motif ci-dessus n'étant point applicable, on admettait les constitutions de rente viagère tout aussi bien en denrées qu'en argent; cela est incontestablement permis sous le Code.

160. Un décret du 23 juin 1806 (1) permet aux hospices de prendre à rente viagère, et à dix pour cent au plus, les sommes que les pauvres existant dans ces établissemens voudront y verser, avec la simple autorisation du préfet, si la somme n'excède pas cinq cents francs, et avec celle du gouvernement, dans le cas contraire.

SECTION II.

Des effets du contrat entre les parties contractantes.

SOMMAIRE.

161. *Obligations du débiteur de la rente.*
162. *Effet de l'inexécution de l'obligation de fournir les sûretés promises par le contrat.*
163. *Et de la diminution des sûretés fournies.*
164. *Suite.*
165. *Si, dans ces cas, la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée est venue à mourir avant la demande en résiliation du contrat, le créancier n'a plus à se plaindre.*
166. Quid *si elle est venue à mourir depuis la demande, mais avant le jugement?*
167. *Dans le cas de résiliation du contrat, le débiteur ne peut plus devoir que de simples intérêts jusqu'à la restitution du prix de la rente.*

---

(1) Bullet., n° 1676.

184. *Le droit de rente se prescrit par trente ans écoulés depuis la cessation du service de la rente.*
185. *Et les arrérages par cinq ans.*
186. *Renvoi au décret du* 21 *août* 1806, *relatif à la manière de constater l'existence des rentiers viagers sur l'Etat.*

161. Les obligations du débiteur de la rente sont :

1° De fournir toutes les sûretés qu'il a promises par le contrat;

Et 2° de faire régulièrement le service de la rente aux époques déterminées par le contrat, et tant que durera la rente.

L'inexécution de ces obligations n'a toutefois pas le même effet sur le sort du contrat, ainsi qu'on va le voir.

162. En effet, celui au profit duquel la rente a été constituée moyennant un prix, peut demander la résiliation du contrat (et par conséquent la restitution des objets par lui payés ou livrés), si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution (art. 1977). C'est l'application du principe général consacré par l'article 1184, que, dans toutes les conventions synallagmatiques ou intéressées de part et d'autre, la condition résolutoire est toujours sous-entendue, pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement.

De là, si le débiteur a promis une caution et qu'il ne la donne pas, ou le cautionnement de

telle personne, et qu'il ne puisse le produire, même par suite de la mort de cette personne, le créancier de la rente peut demander la résiliation du contrat, et par suite la restitution des valeurs par lui fournies; car il n'a traité qu'en considération d'une condition qui a manqué son effet. Le débiteur ne serait point fondé, même dans ce cas, à présenter une autre caution en apparence tout aussi solvable que la personne désignée d'abord; le créancier pourrait dire qu'il n'a traité qu'en considération de cette dernière.

Ainsi encore, si le constituant a promis une hypothèque sur tel domaine, libre de toute autre hypothèque, il doit en fournir une sur cet immeuble, et cet immeuble doit être libre de tout autre hypothèque, sinon le créancier peut demander la résiliation du contrat.

De même, si le débiteur a promis par le contrat d'employer les deniers à lui comptés en acquisition d'immeubles, à l'effet de donner au créancier le privilége du vendeur de ces immeubles, au moyen de la subrogation, et qu'il ne fasse pas l'acquisition convenue, la résiliation du contrat peut être demandée.

163. Et comme celui qui diminue les sûretés qu'il avait données par le contrat, doit être assimilé à celui qui ne fournit pas celles qu'il avait promises (1), il suit delà que si le constituant,

(1) Voyez tome XI, n° 121 et 123.

qui avait fourni hypothèque sur une maison ou sur une futaie, démolit la maison ou abat la futaie, le créancier de la rente peut pareillement demander la résiliation du contrat, et la restitution des objets par lui fournis pour prix de la constitution.

164. Mais dans ces divers cas, le débiteur, contre lequel la résiliation est demandée et prononcée, serait-il fondé à demander, de son côté, qu'il lui fût fait raison de ce que les arrérages qu'il se trouverait avoir payés jusqu'à la résiliation, excèderaient l'intérêt légal de la somme qu'il a reçue pour prix de la constitution? Non, sans doute, car les arrérages payés étaient le prix du risque que le créancier courrait touchant l'extinction de la rente par la mort de la personne sur la tête de laquelle elle était constituée; ce créancier ne retiendrait donc pas *sine causâ* cet excédant d'intérêts.

165. Il n'est pas douteux, au surplus, que si, avant la demande en résiliation du contrat pour défaut de fournissement des sûretés promises, ou diminution de celles qui avaient été données, la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée venait à mourir, il n'est pas douteux, disons-nous, que la rente ne fût éteinte, comme dans les cas ordinaires, et qu'il n'y aurait plus lieu par conséquent à faire prononcer la résilia-

tion du contrat et la restitution des valeurs fournies pour prix de la constitution. Le créancier serait maintenant sans intérêt à se plaindre, les sûretés étant devenues inutiles.

166. Mais il y a un peu plus de doute lorsque c'est après que la demande en résiliation a été formée, et avant le jugement, que la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée est venue à mourir. On peut dire que le jugement ne fait que vérifier la bonté de la demande, et que par sa demande, le créancier avait exercé le droit qu'il avait d'obtenir la résiliation du contrat; que ce droit une fois exercé, l'évènement de la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée est un évènement qui ne doit point détruire ce droit acquis, et empêcher par conséquent le jugement d'être prononcé; que les jugemens ont un effet rétroactif au jour de la demande, raison pour laquelle la prescription est interrompue du jour de la demande, et non pas seulement du jour du jugement; en un mot, que les jugemens sont simplement déclaratifs du droit réclamé.

Nonobstant ces raisons, Pothier décide, et avec fondement, selon nous, que la mort de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée empêche la prononciation du jugement, et que la constitution de rente a produit tous ses effets ordinaires. Le motif sur lequel il se fonde,

c'est que la résiliation du contrat n'avait pas lieu de droit; elle avait besoin d'être prononcée par sentence du juge; jusqu'au jugement le, débiteur pouvait fournir les sûretés promises, peut-être qu'il les aurait fournies, et comme elles sont inutiles maintenant, on ne doit pas rendre un jugement de résiliation que la loi n'autorisait que pour mettre les justes droits du créancier à couvert; or, celui-ci n'a maintenant plus d'intérêt à avoir ces sûretés.

167. Dans le cas de résiliation du contrat, il est clair que la somme que le débiteur doit restituer ne produit que les intérêts ordinaires; il n'y a plus de rente, par conséquent il n'y a plus d'arrérages.

168. Quoique le paiement des arrérages de la rente soit aussi une des conditions du contrat, et même la principale, néanmoins le seul défaut de paiement des arrérages de la rente viagère n'autorise pas celui en faveur de qui elle a été créée à demander la résiliation du contrat, et, par suite, le remboursement du capital par lui fourni, ou sa rentrée dans le fonds par lui aliéné; il n'a que le droit de saisir et faire vendre les biens de son débiteur, et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service de la rente (art. 1978).

C'est une des notables différences qui existent

entre la rente constituée en perpétuel, et la rente viagère (art. 1912), et, il faut le dire, une dérogation aux principes du droit commun (art. 1184) ; car le vendeur d'immeubles qui n'est pas payé du prix, peut demander la résolution du contrat et sa rentrée dans le fonds (art. 1654); or, la rente viagère est ici le prix de l'immeuble, comme l'immeuble était le prix de la constitution de rente, et évidemment l'utilité de la rente consiste dans le paiement des arrérages. Mais on a pensé qu'il serait trop dur de contraindre un débiteur de rente viagère qui aurait négligé d'en faire le service pendant quelque temps, à en faire le remboursement, après avoir peut-être servi cette rente pendant longues années : il serait ainsi privé des avantages du contrat, et aurait payé, à titre d'arrérages, des sommes excédant de beaucoup, dans la plupart des cas, l'intérêt ordinaire de celle qu'il a reçue, ou la valeur des fruits de la chose qui lui a été livrée. On a d'ailleurs probablement considéré, avec plusieurs auteurs, que la rente n'est pas l'intérêt du capital fourni pour prix de la constitution, qu'elle est le prix de ce capital ; que cette rente, à chaque paiement d'arrérages, diminue, sinon quant au droit de rente en lui-même, du moins quant à la valeur de ce droit; et l'on a conclu de là que si le créancier pouvait, lorsque le débiteur néglige de lui faire exactement le service de la rente, se faire rembourser le capital qu'il a payé pour prix de la

constitution, il gagnerait la différence qui existerait entre les arrérages qui lui ont été payés et le taux légal de l'intérêt de la somme qu'il a fournie, ce qui par conséquent serait une perte pour le débiteur, qui se trouverait de la sorte avoir payé d'énormes intérêts pour la jouissance qu'il a eue du capital reçu, et cela n'a pas paru juste.

On pourrait toutefois répondre à ce raisonnement, en disant que le créancier ayant couru la chance de l'extinction de la rente, par la mort de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, ce n'eût pas été absolument *sine causâ* qu'il aurait, en recouvrant le capital par lui aliéné, profité de la différence entre les arrérages perçus jusqu'alors et l'intérêt ordinaire de ce même capital pendant le même temps; aussi le motif que nous avons donné en premier lieu nous paraît-il préférable, d'autant mieux que les rédacteurs du Code eux-mêmes ont considéré la rente viagère, sinon comme ayant un capital, du moins comme un être moral productif de fruits, sous le nom d'arrérages, et c'est évidemment ce qui résulte de l'article 588, cité plus haut, sous ce rapport.

169. S'est présentée déjà plusieurs fois la question de savoir si la stipulation que, en cas de défaut de paiement des arrérages pendant un temps déterminé, le contrat serait résilié, est une

stipulation licite? La Cour de Paris, par son arrêt du 21 décembre 1812 (1), a jugé qu'elle était contraire à l'essence du contrat de constitution de rente viagère. Mais il semble que la jurisprudence contraire a prévalu. Il y a en effet un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 30 août 1814, qui a jugé le contraire, et sur le pourvoi formé contre cet arrêt, est intervenu arrêt de rejet, en date du 26 mars 1817 (2). Un autre arrêt de la Cour de Bordeaux, du 5 juillet 1816 (3), a jugé dans le même sens. Il est cependant à craindre que cette clause ne devienne style dans les actes de constitution. Il n'y aurait pas de difficulté, au surplus, si la stipulation était accompagnée d'une clause portant que le créancier ferait raison, en cas de résiliation, de la différence entre le taux des arrérages perçus par lui jusque-là et le taux ordinaire de l'intérêt, ou si, en l'absence de cette clause, il offrait, en demandant la résiliation, de faire raison de cette différence. Le principal motif qui a dicté la disposition de notre article 1978 n'existant plus, le principe touchant l'effet des conditions résolutoires reprendrait son empire. Mais en l'absence de cette clause ou de cette offre, nous avouons que nous inclinerions de préférence à l'arrêt de la Cour de Paris. Si cette stipulation

(1) Sirey 1813-2-142.

(2) *Bulletin de la Cour de cassation*, n° 24.

(3) Sirey 1817-2-74.

n'eût pas paru aux rédacteurs du Code, contraire à la nature des constitutions de rentes viagères, pourquoi n'auraient-ils pas admis la condition résolutoire tacite, en vertu du principe général de l'art. 1184?

170. L'article que nous analysons (1978) veut que le créancier qui a fait vendre les biens du débiteur de la rente, pour défaut de paiement des arrérages, puisse faire ordonner ou consentir l'emploi d'une somme suffisante pour en assurer le service ; mais quelle est, relativement au taux de la rente, cette somme? Doit-elle être égale au capital d'une pareille rente constituée en perpétuel? Au premier coup-d'œil, cela paraît peu raisonnable, puisque la rente viagère devant s'éteindre dans un temps plus ou moins éloigné, elle ne saurait jamais avoir la valeur d'une rente de même somme constituée en perpétuel, et dès-lors il semble qu'il n'est pas besoin d'une somme aussi forte pour en assurer le service. On peut ajouter à l'appui de cette réflexion, que si telle eût été la pensée des rédacteurs du Code, l'art. 1978, au lieu de dire : *l'emploi d'une somme suffisante pour le service de la rente*, aurait dû dire : *l'emploi* D'UNE SOMME PRODUCTIVE D'INTÉRÊTS SUFFISANS *pour assurer le service de la rente.*

Nonobstant ces raisons, qui ne sont pas sans quelque force, nous croyons que le créancier est en droit d'exiger l'emploi d'une somme égale à

celle qui serait nécessaire pour le service d'une rente constituée en perpétuel à un taux égal à celui de la rente viagère : par exemple l'emploi de 20,000 fr., si cette rente est de 1,000 fr., afin que les intérêts de cette somme puissent suffire au service régulier de la rente : autrement, comme il faudrait prendre annuellement, ou à chaque terme, sur le capital, cela obligerait à des calculs plus ou moins gênans, et le paiement, pour cette raison, et pour d'autres encore, pourrait être plus difficile à faire.

Du reste, les créanciers hypothécaires postérieurs à celui de la rente n'en conservent pas moins leurs droits sur l'immeuble vendu, et, en conséquence, ils doivent être colloqués à leur rang sur la somme dont il a été fait emploi, pour exercer toutefois leurs droits après l'extinction de la rente. L'acquéreur de l'immeuble garde le prix entre mains, ou en fait le dépôt à la caisse des consignations, suivant les clauses de son contrat d'acquisition.

171. Dans des cas où plusieurs immeubles hypothéqués au service de la rente avaient été vendus successivement, la Cour de Paris a jugé, par deux arrêts (1), que le créancier n'avait pas eu le droit d'exiger qu'il fût colloqué dans chaque ordre

(1) L'un du 31 juillet 1813, et l'autre du 20 avril 1814. Sirey 1815-2-270.

pour une somme représentant le capital de sa rente au denier vingt; qu'il suffisait qu'il le fût dans l'un des ordres, à son choix. Cette décision, comme on l'a observé (1), paraît assez équitable en elle-même au premier coup-d'œil; mais on ne peut se dissimuler qu'elle est contraire aux principes du Droit, notamment à l'art. 2161, qui ne permet pas aux tribunaux de restreindre l'hypothèque conventionnelle, ni par conséquent l'effet de cette hypothèque. D'ailleurs, si l'on suppose que ces immeubles sont des objets sujets à dépérissement, comme des maisons, qui peuvent venir à brûler, et que celle sur le prix de laquelle le créancier de la rente a été colloqué vienne à être détruite, et que le débiteur de la rente soit insolvable, alors il est clair que la sûreté du créancier s'évanouit, et cependant il s'en était ménagé plusieurs par le contrat, en stipulant hypothèque sur plusieurs immeubles. Pour concilier les intérêts et les droits de tous les créanciers, il conviendrait, selon nous, en adoptant le système de la Cour de Paris, d'obliger les créanciers postérieurs en ordre d'hypothèque au créancier de la rente, et colloqués sur les immeubles vendus en dernier lieu, à lui en garantir le service, au cas où la collocation faite à son profit deviendrait insuffisante pour le service de ladite rente.

---

(1) M. Delvincourt, tome III, page 419, édition de 1824.

172. Le contrat de constitution de rente viagère étant un contrat essentiellement aléatoire, il résulte de là que le constituant ou débiteur de la rente ne peut se libérer du paiement de ladite rente en offrant de rembourser le capital ou les objets qu'il a reçus pour prix de la constitution, tout en renonçant à répéter ou à imputer sur le capital, les arrérages payés en sus de l'excédant de l'intérêt légal de la somme qu'il a reçue. Il est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne ou des personnes sur la tête desquelles la rente a été constituée, quelle que soit la durée de la vie de ces personnes, et quelqu'onéreux qu'ait pu ainsi devenir pour lui le service de cette rente (art. 1979). Il a couru la chance de l'extinction, il doit supporter la perte.

173. Les arrérages de la rente viagère sont, comme ceux des autres rentes, de véritables fruits civils; et ils sont acquis au propriétaire dans la proportion du nombre de jours qu'a vécu la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (1), mais ils ne lui sont acquis que dans cette proportion (art. 1980).

---

(1) Cet article dit toutefois : « La rente viagère n'est acquise au pro-« priétaire que dans la proportion du nombre de jours *qu'il* a vécu. » Mais cette rédaction ne rend pas exactement la pensée de la loi; car si la rente a été constituée sur la tête d'un tiers, la mort du propriétaire ou rentier ne la fait pas cesser, du moins de droit commun; elle continue au profit de ses héritiers, jusqu'à la mort du tiers.

En sorte que si la rente a été créée, par exemple, le 1er janvier 1834, qu'elle ait été stipulée payable d'année en année, et qu'elle soit venue à s'éteindre le 1er septembre suivant, il sera dû huit mois d'arrérages, ni plus ni moins.

174. Toutefois, s'il a été convenu qu'elle serait payée d'avance, le terme qui a dû être payé est acquis du jour où le paiement a dû en être fait (*ibid*); et par conséquent s'il n'a point été payé, il doit l'être.

On s'est écarté, en ce point, de l'opinion de Pothier (n° 248). Cet auteur convenait bien que, lorsqu'il est dit dans un testament : *je lègue à un tel une rente viagère de cent écus par chacun an, payable par trois mois, dont on lui paiera vingt-cinq écus incontinent après mon décès*, le légataire a droit acquis aux vingt-cinq écus dès la mort du testateur, et qu'il les transmettrait entier à ses héritiers s'il venait lui-même à mourir aussitôt; qu'il leur transmettrait pareillement ce qui aurait couru de la rente depuis le décès du testateur jusqu'à sa mort, arrivée dans les premiers trois mois; car, dit Pothier, le testateur, dans ce cas, est présumé avoir voulu léguer au légataire vingt-cinq écus, outre ce qui courrait de la rente depuis son décès; ici le légataire n'est pas censé avoir rien reçu par *avance*. Mais, dit toujours Pothier, lorsque, dans un contrat de constitution de rente, il est stipulé que la rente sera payée une année

ou six mois d'*avance*, le créancier n'a droit qu'à ce qui se trouve échu au temps de l'extinction de la rente, attendu que ce qui est payé par *avance*, comme le mot l'indique, n'est pas encore dû. Le créancier avait bien, il est vrai, le droit d'exiger le paiement de ce terme avant l'échéance de l'année ou des six mois, mais c'est plutôt parce qu'il était créancier de l'*avance* de cette somme, que de la somme elle-même; autrement ce n'eût pas été par *avance* qu'elle lui aurait été payée. C'est là le sens de ces mots *par avance*, *prærogare*; car *avancer* une somme, c'est la payer *avant* qu'elle ne soit due : les paiemens qui se font par *avance* sont *in pendenti* jusqu'à l'échéance du terme; ils sont conditionnels dans leurs effets. Celui qui a été fait l'aurait été d'une chose due si la rente avait subsisté jusqu'au moment convenu pour le paiement des arrérages; mais cette rente étant venue à s'éteindre avant cette époque, en réalité il n'y a eu de dû qu'une partie de la somme payée *d'avance*, et en proportion de la durée de la rente; le surplus ayant été payé pour une cause qui n'a pas été suivie d'effet, est sujet à restitution. Pothier convient, au reste, que, quoique ces raisons lui paraissent décisives, il a néanmoins trouvé de la variété dans les avis sur cette question. Elle est tranchée par le Code. Nous aurions été du sentiment de Pothier ; car si, par exemple, en prenant un domestique, je lui avançais, d'après nos conventions, six mois de gages, pour retirer

quelques effets qui sont entre les mains d'un tiers, il est bien clair que si le domestique venait à me quitter ou à mourir au bout de trois mois, j'aurais la répétition d'une partie de la somme que je lui ai avancée; or, la rente viagère n'est acquise qu'en proportion de sa durée, de même que les gages du domestique ne lui sont acquis qu'en proportion du temps de son service. Dans les locations où un terme, d'après la convention, est payé d'avance, il y aurait bien lieu aussi à la restitution d'une partie du paiement si la maison venait à être brûlée pendant ce terme.

175. Au surplus, il ne résulte pas de notre article que le créancier de la rente ou ses héritiers pourront, outre la retenue du terme payé d'avance, réclamer des arrérages en proportion du temps écoulé pendant le terme durant lequel la rente est venue à s'éteindre, puisque ce temps-là se trouve payé par avance. Par exemple, si une rente a été établie le 1er janvier 1834, payable de six mois en six mois, au 1er janvier et au 1er juillet de chaque année, avec convention que six mois seraient payés d'avance, et que la rente vienne à s'éteindre le 1er avril suivant, les six mois qui ont dû être payés d'avance sont bien acquis au créancier, de manière que, non-seulement, s'ils ont été payés, il ne devra rien rendre, mais encore, s'ils ne l'ont pas été, qu'il pourra, ou ses héritiers, les réclamer intégralement; mais ceux-

ci ne pourront réclamer les trois mois qui se sont écoulés depuis le 1er janvier, jour de la constitution de la rente, jusqu'au 1er avril suivant, jour de son extinction; car ces trois mois ont été payés ; ils l'ont été d'*avance*. Et si c'est le 1er avril de l'année suivante, que la rente est venue à s'éteindre, le rentier aura eu droit, 1° au terme qui a dû être payé d'avance; 2° à celui échu au 1er juillet qui a suivi la constitution; et 3° à celui échu au 1er janvier suivant; mais non aux trois mois écoulés depuis cette dernière époque jusqu'au moment où la rente est venue à s'éteindre; et ainsi de suite.

176. Il arrive aussi quelquefois que, sans convenir qu'un terme sera payé d'avance, on convient néanmoins que le terme dans lequel on sera entré lors de l'extinction de la rente, sera dû en entier. Cette stipulation n'ayant rien d'illicite, puisqu'il est loisible aux parties de fixer le taux de la rente comme bon leur semble, elle sortirait pareillement son effet.

177. On a jugé au Parlement de Paris, par arrêt du 30 juillet 1766, rapporté dans le Répertoire de M. Merlin, au mot *Pension*, § Ier, que le terme de pension commencé était dû en entier aux maîtres et maîtresses de pension. Cela peut se justifier par la considération qu'une grande partie des frais faits par les maîtres de

pension, tels que ceux de logement, les honoraires des maîtres, etc., ne se font pas jour par jour, mais bien généralement à l'année ou à des termes plus courts, mais périodiques.

178. Voyez, quant aux personnes qui ont droit de toucher les arrérages de pensions échus au décès des militaires titulaires, le décret du 1er juillet 1809. *Bulletin* n° 4476.

179. La rente viagère ne peut être déclarée insaisissable que dans les cas où elle est constituée à titre gratuit (art. 1981). Autrement un individu, en plaçant son bien en rente viagère, se jouerait impunément de ses créanciers. Mais lorsque la rente lui est donnée ou léguée, la raison n'est plus la même, et le donateur ou testateur a pu déclarer que la rente serait insaisissable; alors s'applique le n° 3 de l'art. 581 du Code de procédure, qui déclare insaisissables les sommes et objets disponibles déclarés tels par le donateur ou testateur.

Et si la rente ou pension a été donnée ou léguée pour alimens, elle est pareillement insaisissable, en vertu du n° 4 du même article, encore que le testament ou l'acte de donation ne la déclarât pas expressément insaisissable.

Toutefois, dans l'un et l'autre cas, la rente ou pension peut être saisie par des créanciers postérieurs à l'acte de donation ou à l'ouverture du legs, mais seulement en vertu de la permission

du juge, et pour la portion qu'il déterminera (art. 582 *ibid.*)

180. Lorsque la rente viagère donnée ou léguée a été déclarée insaisissable par le donateur ou par le testateur, ou lorsqu'elle est déclarée insaissable par la loi, comme ayant été donnée ou léguée à titre d'alimens, le débiteur de la rente ne peut pas, pour se dispenser d'en payer les arrérages au créancier, lui opposer la compensation (art. 1293, Code civ.), si ce n'est toutefois, comme il vient d'être dit, que ce ne fût pour une dette postérieure à la donation ou à l'ouverture du legs, en vertu de la permission du juge, et pour la somme qu'il déterminerait; car il est juste que celui qui serait admis à saisir la rente puisse opposer la compensation dans le même cas et dans les mêmes limites.

181. La rente viagère ne s'éteint pas par la mort civile du propriétaire; le paiement doit en être continué à ses héritiers pendant sa vie naturelle (art. 1982).

Dans les contrats, les mots de *vie*, de *mort*, s'entendent généralement de la vie naturelle, de la mort naturelle, et non de la mort civile, qui, étant un cas extrêmement rare et malheureux, n'est pas venu à la pensée des contractans. Il en est autrement en matière d'usufruit, quoiqu'établi par contrat, et aussi du préciput, qui ne peut

être convenu que dans un contrat de mariage (art. 617 et 1517); mais d'abord, quant au préciput, cela a souffert difficulté, comme nous l'avons expliqué au titre *du Contrat de mariage*, tome xv, n° 191, où nous donnons les raisons qui l'ont fait décider ainsi; et quant à l'usufruit, comme les principes qui le régissent nous sont venus du Droit romain, dans lequel l'usufruit ne s'éteignait par le changement d'état (1), on n'a pas jugé à propos, peut-être à tort, dans le cas où il a été constitué à titre onéreux, de faire passer aux héritiers de l'usufruitier atteint de mort civile, la jouissance qu'il avait, et jusqu'à sa mort naturelle; car la raison serait bien la même que pour la rente viagère, puisque le droit d'usufruit peut être cédé, vendu, loué, et qu'ainsi il n'est pas nécessaire que ce soit l'usufruitier qui jouisse et cultive par lui-même.

182. Il est clair aussi que, lorsque la rente viagère est constituée sur la tête d'un tiers, la mort civile de ce tiers ne la fait pas cesser : elle doit être continuée pendant sa vie naturelle, soit au créancier, s'il vit encore, soit à ses héritiers, s'il est mort ou vient à mourir.

183. Enfin, comme la rente viagère n'est due

---

(1) Par le grand et le moyen changement d'état, et même, avant Justinien, par le petit changement d'état, *minimâ capitis deminutione.*

au créancier que sous la condition de l'existence de la personne sur la tête de laquelle elle a été constituée, et que tout demandeur doit prouver son droit (art. 1315), il suit de là que le propriétaire d'une telle rente n'en peut demander les arrérages qu'en justifiant de son existence ou de celle de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (art. 1983).

Il en est de ce cas comme de celui d'une créance ordinaire, mais contractée sous condition : le créancier n'en pourrait demander le paiement qu'à la charge de prouver que la condition est accomplie ; or, le créancier d'une rente viagère à une créance conditionnelle de chaque jour, et la condition, c'est son existence ou celle de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée. Ce n'est donc pas au débiteur à prouver que la rente est éteinte, ainsi qu'un débiteur d'une dette ordinaire serait tenu de prouver sa libération, toutefois après que le créancier aurait justifié de sa créance (art. 1315 précité) ; c'est, au contraire, au créancier de la rente à faire la preuve que cette rente, à raison de laquelle il réclame des arrérages, subsistait à l'époque de l'échéance de ces mêmes arrérages ; jusque-là il doit être déclaré non recevable *quant à présent*, et condamné aux dépens.

184. Et si pendant trente ans il ne pouvait faire cette justification, ou si pendant le même

temps il ne réclamait point d'arrérages, le droit de rente serait éteint par la prescription; car toutes les actions, tant réelles que personnelles, se prescrivent par trente ans, sans qu'on puisse opposer à celui qui invoque la prescription, l'exception déduite de la mauvaise foi (art. 2262).

Les demandes successives que le créancier aurait formées pour réclamer les arrérages n'auraient pas même interrompu la prescription, attendu qu'une demande rejetée n'est point interruptive de prescription (art. 2247).

Il faudrait le décider ainsi, encore qu'il se fût borné à former des demandes uniquement pour interrompre la prescription, ne pouvant pas obtenir le paiement des arrérages, faute de pouvoir justifier de l'existence de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée : ces demandes ayant été rejetées, ainsi qu'elles ont dû l'être, elles n'ont pu avoir pour effet d'interrompre la prescription.

185. Aux termes de l'art. 2277, les arrérages de rentes viagères, ou autres, se prescrivent par cinq ans; par conséquent la demande qui comprendrait des arrérages échus depuis plus de cinq ans à l'époque où elle serait formée, serait non-recevable quant à ces mêmes arrérages : elle ne vaudrait que pour ceux échus depuis moins de cinq ans.

Et le Code ne réserve pas au créancier, dans

ce cas, comme dans ceux prévus à l'art. 2275, la faculté de déférer le serment au débiteur, pour qu'il ait à affirmer que les arrérages demandés ne sont plus dus : la prescription a un effet absolu.

186. Pour la manière de constater l'existence des rentiers viagers sur l'Etat, *voyez* le décret du 21 août 1806, *bulletin* n° 1849.

FIN DU TITRE DES CONTRATS ALÉATOIRES.

TITRE XIII.

Du Mandat.

Observations préliminaires.

SOMMAIRE.

187. *Ressemblance du contrat de mandat avec celui de dépôt, et dissemblance.*
188. *Observation sur la place qu'occupe, dans le Code, le titre du dépôt.*

187. Le mandat, comme le dépôt, est généralement un acte de confiance et d'amitié ; celui qui s'en charge a pour but, comme le dépositaire, de rendre un service à celui qui l'en charge; mais sous plusieurs rapports, ces contrats diffèrent l'un de l'autre; ils en diffèrent surtout par la manière dont ils se forment.

En effet, on ne peut concevoir un dépôt sans la remise d'une chose qui en soit l'objet; au lieu que le mandat n'exige généralement pas la remise d'une chose quelconque pour la formation de ce contrat; il se forme par le seul consentement des parties : d'où l'on dit, dans la doctrine, que le dépôt est du nombre de ces contrats *qui re perficiuntur*, tandis que le mandat est du nombre de ceux *qui solo consensu perficiuntur.* Le dépôt consiste généralement dans la simple garde d'une chose, et ce n'est que dans des cas très-rares que le dépositaire, outre la garde de l'objet, doit faire quelque chose. Au contraire, le mandat consiste dans l'obligation, pour le mandataire, de *faire* quelque chose, et s'il s'y joint par fois l'obligation *de garder*, c'est comme accessoire, comme conséquence de l'obligation de faire la chose.

Le mandat, *mandatum*, vient de *manu datâ in manum*, parce que les anciens, ainsi que nous, considéraient comme un signe de foi et d'amitié entre deux personnes, l'action de se donner la main : *quod datâ manu dextrâ fidem mandatæ susceptæque operæ invicem alligabant.*

188. Dans le classement des lois qui composent le Code civil, les rédacteurs de ce Code ne se sont pas, quant à la place qu'occupe le mandat, montrés aussi scrupuleux observateurs d'une exacte et théorique distribution des matières, que les rédacteurs des Institutes de Justinien. En

effet, ceux-ci, après avoir parlé (sans les séparer) des quatre contrats (*nominati*) *réels*, qui se forment RE, savoir : *mutuum*, *commodatum*, *depositum et pignus*, traitent des contrats *consensuels*, qui sont aussi au nombre de quatre : *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas et mandatum*, et ils les traitent dans quatre titres consécutifs. Au lieu que les rédacteurs du Code civil ont interverti cet ordre, tout-à-fait rationnel et didactique; ils parlent bien de suite de la vente (1), du louage et de la société; mais quant au mandat, contrat qui se forme pareillement par le seul consentement des parties, ils le rejettent après les deux espèces de prêt et le dépôt, qui sont trois contrats *réels*, et il eût été plus convenable de suivre aussi en ce point l'ordre des Institutes de Justinien.

Du reste, relativement à ce contrat, ils ont adopté un ordre de distribution simple et naturel :

Ils traitent d'abord de la nature et de la forme du mandat;

En second lieu, des obligations qui en naissent pour le mandataire;

Ensuite de celles du mandant;

Et quatrièmement enfin, des manières dont finit le mandat.

Nous suivrons nous-mêmes cette division.

---

(1) Qu'ils ont fait suivre immédiatement de *l'échange*, à cause de sa grande analogie avec la vente.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature et de la forme du mandat.

SOMMAIRE.

189. *Définition du mandat d'après le Code.*
190. *En quel sens le Code entend que le mandat est un* pouvoir *donné au mandataire.*
191. *Définition du mandat d'après l'auteur.*
192. *Il faut que la chose que l'on charge de faire soit licite.*
193. *Il faut qu'elle soit déterminée ou au moins déterminable.*
194. *Et que le mandataire puisse faire la chose.*
195. *Le mandat est un contrat de bienfaisance, et toutefois, dans notre Droit, on peut stipuler un salaire : Droit romain sur ce point.*
196. *Comment distinguer le mandat avec salaire d'un contrat de louage.*
197. *Dans beaucoup de cas le mandat est tacitement convenu avec salaire.*
198. *S'il est nécessaire, pour qu'il y ait mandat d'après le Code, que le mandant charge le mandataire d'agir en son nom, de lui mandant ; et, par occasion, de l'effet des déclarations de command, note.*
199. *Différence, surtout dans le cas d'achat d'immeubles, entre le cas où le mandataire traite en son nom, et celui où il traite au nom du mandant.*
200. *Dans l'intérêt de qui le mandat peut être donné : dispositions du Droit romain à cet égard.*
201. *Interprétation de l'une de ces dispositions sur le cas du mandat donné dans le seul intérêt d'un tiers.*
202. *Ne pas confondre les simples recommandations avec le mandat : différence.*
203. *Suite.*

189. Le Code (art. 1984) définit ainsi le man-

dat : « Le mandat ou procuration est un acte « par lequel une personne donne à une autre le « pouvoir de faire quelque chose pour le mandant « et en son nom.

« Le contrat ne se forme que par l'acceptation « du mandataire. »

Jusque-là, en effet, il ne saurait y avoir de *contrat*, mais seulement un *acte*, et cet acte est une simple procuration; car la procuration est l'acte qui exprime la volonté de celui qui donne le pouvoir, et l'acceptation de ce pouvoir transforme en un contrat, en contrat de mandat, cette même procuration. C'est en considérant la chose sous ce double point de vue, que les rédacteurs du Code ont dit que *le mandat* ou *procuration est un acte* par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom : ils ont envisagé d'abord le mandat dans sa source, c'est-à-dire en considérant uniquement l'expression de volonté de la personne qui donne le pouvoir; et ensuite, envisageant le mandat comme contrat, ils exigent, avec raison, l'acceptation du mandataire, le concours des deux volontés, pour sa formation.

190. Il semblerait, au surplus, d'après cette définition, que le mandat serait simplement un *pouvoir* donné au mandataire, de faire la chose qui est l'objet du mandat; tandis que le mandant

entend, ordinairement du moins, le *charger* aussi de faire cette chose; mais cette expression *pouvoir* est une suite de la définition vague que le Code donne de ce contrat : la procuration, en effet, ne contient qu'un pouvoir, et l'acceptation de cette procuration en fait, en général, une obligation pour le mandataire, qui non-seulement a par là le *pouvoir* de faire la chose, mais qui, de plus, *doit* la faire, à peine de dommages-intérêts, sauf les cas où il peut se déporter du mandat, ou être déclaré excusable de ne l'avoir pas exécuté : *Sicut liberum est mandatum non suscipere, ità susceptum consummari oportet*; L. 22, § 11, ff. *Mandati. Et si susceptum non impleverit, tenetur;* L 5, § 1, ff. *dict, tit. Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet;* L. 27, § 2, ff. *eod. tit.* Enfin, *Non tantùm pro his quœ gessit, sed etiam pro his quœ gerenda suscepit, tenetur;* L. 11, Cod. *Mandati.*

Il peut toutefois se présenter des cas où le mandat proprement dit, c'est-à-dire la procuration acceptée, ne contiendrait qu'un simple pouvoir pour le mandataire de faire la chose indiquée, sans obligation pour lui de la faire; parce que le mandant s'en serait reposé entièrement, à cet égard, sur sa prudence et sa manière de voir. Cela s'interpréterait d'après les termes même du mandat, les circonstances dans lesquelles il serait intervenu, et aussi d'après la nature de l'affaire; par exemple, le pouvoir de

transiger, sans expression des conditions auxquelles la transaction devrait ou pourrait avoir lieu, constituerait généralement un pouvoir discrétionnaire pour le mandataire.

191. Nous pensons, nous, qu'on peut définir le mandat : un contrat par lequel une personne charge quelqu'un de faire pour elle, et généralement en son nom, quelque chose de licite, soit gratuitement, soit moyennant un salaire.

C'est *un contrat*, par conséquent qui ne se forme que par le concours de la volonté du mandataire avec celle du mandant, et portant sur la chose qu'il s'agit de faire.

192. Il faut que la chose ou l'affaire soit *licite;* car si elle était contraire à la loi ou aux bonnes mœurs, l'acceptation d'une telle commission ne serait point obligatoire, et dès-lors celui qui l'aurait donnée n'aurait aucune action contre la personne qui l'aurait acceptée, pour n'avoir pas, celle-ci, fait la chose dont elle avait été chargée; et cette personne, de son côté, loin d'avoir une action contre celui qui l'aurait chargée d'une semblable mission, serait généralement punissable si elle l'avait remplie. Le mandant lui-même pourrait généralement aussi être poursuivi et puni comme complice du fait. *Illud quoque mandatum non est obligatorium quod contrà bonos mores est : veluti, si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de faciendâ injuriâ*

mandet tibi. Licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen nullam habes adversùs Titium actionem. § 7, Instit. *de Mandato.*

193. Il faut que le mandat, ainsi que les autres contrats, ait quelque chose de certain ou du moins de déterminable d'après les circonstances dans lesquelles il intervient; car, si je charge quelqu'un de faire pour moi quelque chose, sans lui dire quelle chose, ou de m'acheter une chose sans dire en quoi doit consister cette chose, ce n'est pas là un mandat : ou j'ai voulu plaisanter, ou il y a eu oubli de ma part, ce qui rend le contrat nul pour vice d'erreur, comme il l'est pour défaut d'objet.

194. Il faut aussi que le mandataire puisse faire la chose dont on le charge, c'est-à-dire qu'il n'y ait pas en lui empêchement par la nature ou la loi à ce qu'il la fasse. Ainsi, à Rome, je n'aurais pu donner à un muet mandat de stipuler pour moi telle chose de Titius, puisque la stipulation ne pouvait se faire que par l'emploi de *paroles;* et chez nous, je ne pourrais donner à un mort civilement, mandat de me représenter en justice, puisqu'un mort civilement ne peut plaider ni en demandant ni en défendant, si ce n'est par le ministère d'un curateur qui lui est nommé par le tribunal où l'affaire est portée (art. 25).

Je ne pourrais pas non plus donner valablement

mandat à un tuteur d'acheter pour moi les biens du mineur, qui doivent être vendus en justice, soit à la poursuite de ses créanciers, soit pour payer des dettes; car le tuteur ne représenterait plus assez efficacement le mineur; on pourrait facilement multiplier les exemples : ceux-là suffisent.

Mais lorsque c'est simplement par manque d'habileté que le mandataire n'a pu exécuter le mandat, ce manque d'habileté n'est point considéré comme une incapacité, attendu que le mandataire est en faute de s'être chargé d'une affaire sans avoir assez consulté ses moyens avant de s'en charger.

195. Le mandat, dans notre Droit, est ordinairement un contrat de bienfaisance; il est tel de *sa nature*. Au lieu que dans les principes du Droit romain, il était *essentiellement* gratuit. La convention d'un prix en aurait fait un louage, ou un contrat innommé, selon que le prix aurait consisté en argent ou en autre chose (1).

Toutefois, les jurisconsultes romains eux-mêmes, sans l'abandonner entièrement, avaient commencé à s'éloigner de ce principe (2) : ils avaient fini par admettre qu'un honoraire, *honorarium aut salarium*, pouvait être promis par le

---

(1) *Voy.* la L. 1, § 4, ff. *Mandati vel contrà.*

(2) *Vide* LL. 6 et 7 ff. *eod. tit.* et L. 1, Cod. *dict. tit.*

mandant, non-seulement après-coup, mais même lors du mandat, sans que pour cela le contrat se transformât en louage; et ils donnaient au mantaire, pour en obtenir le paiement, une action extraordinaire, *persecutio extraordinaria*, mais non l'action de mandat, puisque ce contrat était essentiellement gratuit. Notre Code est allé plus loin encore, car, tout en déclarant le mandat gratuit, il autorise formellement la convention contraire (art. 1986).

196. Aussi sera-ce généralement la nature de l'affaire qui servira à distinguer un mandat avec salaire, d'un louage d'ouvrage ou de services : on décidera que la convention est un louage dans tous les cas où il s'agira d'un travail manuel; par exemple, si je charge un menuisier de me faire une table, un lit, avec du bois que je lui fournis, moyennant un certain prix, ce sera un louage, et non un mandat; mais si je charge quelqu'un d'aller me représenter, à Lyon, dans telle faillite, où je suis intéressé, ou d'acheter pour moi un certain objet, ou de vendre mes biens, avec promesse de lui compter une certaine somme pour ses peines ou pour le service qu'il me rendra, c'est un mandat, et non un contrat de louage. Cette distinction est encore plus dans nos mœurs que dans nos lois, si l'on peut s'exprimer ainsi.

197. Au surplus, quoique le mandat soit

gratuit de sa nature, cela n'est vrai néanmoins que dans le cas où on peut le considérer comme un office d'ami, et non lorsqu'il est l'exercice d'une profession. Dans ce dernier cas, le salaire est dû suivant la nature de l'affaire, et au taux réglé par la loi ou l'usage; il est censé stipulé et promis. Tel est le cas où je charge un avoué d'occuper pour moi dans telle affaire, un agent de change de me vendre ou de m'acheter des rentes sur l'Etat, un commissionnaire de vendre mes vins, etc., etc.; dans tous ces cas, et autres analogues, je dois le salaire d'usage : il est tacitement convenu.

198. Le Code dit que le mandat consiste dans un pouvoir donné à quelqu'un de faire quelque chose pour le mandant *et en son nom ;* mais il n'est cependant pas nécessaire, pour qu'il y ait mandat avec tous ses effets ordinaires entre le mandant et le mandataire, que celui-ci ait traité au nom du mandant. Si, par exemple, voulant avoir un objet que je sais que le propriétaire ne voudrait pas me vendre, je charge Paul de me l'acheter, il est clair qu'il y a tout aussi bien mandat que si j'avais chargé Paul d'acheter cet objet en mon nom : il sera obligé envers moi comme je le serai envers lui. Dans le Droit romain, le mandataire traitait même toujours en son nom, soit que le tiers avec lequel il traitait eût ou non connaissance du mandat. Il n'en pouvait même,

en général, être autrement, à cause du principe, si sévèrement observé dans cette législation, qu'on ne peut stipuler pour autrui, qu'on ne peut acquérir une action à un tiers (1). Les effets du mandat étaient donc concentrés entre le mandant et le mandataire (2), et celui-ci avait action contre le tiers avec lequel il avait traité, comme, réciproquement, ce dernier avait action contre lui, selon l'espèce d'affaire qui avait eu lieu entre eux. Nos commissionnaires, en matière de commerce, sont de véritables mandataires, et ils traitent avec les tiers de deux manières : ou en *leur propre nom*, ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant, ou bien *au nom d'un commettant* (art. 91 et 92, Code de Comm.). Dans le premier cas, l'affaire est censée se passer, comme elle se passe en effet, entre le commissionnaire et le tiers avec lequel il traite; dans le second cas, elle est censée se passer seulement entre le commettant et le tiers; c'est ce que veut dire l'article 92 précité, en ces termes : « Les « devoirs et les droits du commissionnaire qui « agit au nom d'un commettant, sont détermi- « nés par le Code civil, liv. III, tit. XIII (titre « *du Mandat.*) »

Il est donc incontestable que, pour qu'il y ait, sous le Code civil, mandat avec tous ses effets

---

(1) L. 11 ff. *de Oblig. et act.* et § 4 Instit. *de inutil. stipul.*

(2) Sauf la cession des actions.

ordinaires entre le mandant et le mandataire, il n'est pas nécessaire que ce dernier soit chargé de traiter au nom du mandant, qu'il fasse connaître aux tiers celui dans l'intérêt duquel il agit : ceux qui achètent dans les ventes publiques ou judiciaires, et même dans les ventes ordinaires, avec déclaration de command ou élection d'ami, sont ordinairement chargés par quelqu'un de faire l'achat, et ils ne font pas connaître à l'instant même du contrat, mais dans les délais de droit, le nom de la personne pour laquelle ils ont acquis (1).

---

(1) Aux termes de l'article 68 de la loi du 22 frimaire an VII, sur *l'Enregistrement*, lorsque la faculté d'élire un command *a été réservée dans l'acte d'adjudication ou dans le contrat de vente*, et que la déclaration est faite par acte public, et notifiée dans les *vingt-quatre heures*, il n'est dû qu'un simple droit fixe d'un franc. Au contraire, d'après les nᵒˢ 328 et 342 de la même loi, il y a lieu à un nouveau droit proportionnel, si la déclaration n'a pas été faite (et par acte public) dans les vingt-quatre heures, ou si la faculté d'élire n'a pas été réservée dans l'acte d'adjudication ou dans le contrat de vente.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation, rapportés au répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Command*, ont jugé que la notification de la déclaration de command prescrite par la loi ci-dessus, doit se faire à la régie dans la personne de son préposé, attendu que la plupart du temps l'ami ou le command étant éloigné du lieu où s'est fait l'adjudication ou la vente, il serait impossible, dans ces mêmes cas, d'obéir au vœu de la loi, qui prescrit de faire cette notification dans les vingt-quatre heures de l'adjudication ou du contrat de vente.

Il résulte bien évidemment de là que l'acceptation du tiers, command ou ami, n'a pas besoin d'avoir lieu et d'être notifiée dans les vingt-quatre heures.

L'article 709 du Code de procédure porte que l'avoué dernier enchérisseur est tenu, *dans les trois jours de l'adjudication*, de déclarer l'adjudicataire, et de fournir son acceptation; sinon de représenter

En définissant le mandat : « un acte par lequel « une personne donne à une autre le pouvoir de « faire quelque chose pour elle *et en son nom*, » les rédacteurs du Code civil n'ont donc pas entendu donner une définition rigoureusement limitative ; ils ont eu en vue les cas les plus fréquens, et en même temps voulu définir le mandat qui oblige directement le mandant envers le tiers avec lequel le mandataire a traité, et non le mandataire lui-même, et qui attribue directement aussi au mandant l'action contre le tiers ; à la différence du Droit romain, où, comme nous venons de le dire, les actions résultant de l'opération faite par le mandataire avec le tiers se concentraient dans leur personne et celle de leurs héritiers, et ne passaient au mandant, ou contre lui, qu'au moyen d'une cession faite par le mandataire (1).

---

son pouvoir, lequel demeurera annexé à la minute de la déclaration ; faute de ce faire, il sera réputé adjudicataire en son nom.

Cette déclaration a lieu au greffe, et elle n'a pas besoin d'être notifiée à la régie ; sous ce rapport, la loi de frimaire n'est pas applicable. Mais d'après une instruction de la régie, citée par M. Carré, dans ses *Questions,* sur cet article 709, l'avoué a dû se réserver dans l'acte d'adjudication la faculté de nommer l'adjudicataire, sinon celui-ci ne jouirait pas du bénéfice d'être affranchi, comme un command, du droit proportionnel pour la remise qui lui est faite de l'immeuble acquis. L'avoué serait donc considéré comme adjudicataire pour lui et en son nom.

(1) On a apporté dans la suite quelque modification à ce principe, en certains cas ; c'est ainsi, notamment, que, dans la loi 13, § 25 ff.

199. Mais il y a cette importante différence entre le cas où le mandataire traite en son nom, et celui où il traite au nom du mandant, que, dans le premier, c'est réellement lui, et non le mandant, qui est partie au contrat, et par conséquent, si c'est l'achat d'un immeuble, c'est lui qui est acquéreur, sauf les effets de la déclaration de command ou d'élection d'ami, effectuée dans le délai de droit. D'où il suit que, hors le cas de cette déclaration, c'est le mandataire qui est devenu propriétaire de l'immeuble, et la remise qu'il en fait ensuite au mandant est une nouvelle transmission de propriété, sujette à un nouveau droit de mutation. L'immeuble a été frappé de l'hypothèque légale de la femme du mandataire, ou du mineur dont celui-ci aurait la tutelle, la remise au mandant eût-elle lieu aussitôt après la vente. Il faudrait donc, par cela même, un acte de transmission du mandataire au mandant, autrement celui-ci ne deviendrait réellement point propriétaire, et les créanciers

---

de Actionib. empti. et vend., il est dit que si j'ai donné à quelqu'un mandat de vendre un fonds, j'ai contre l'acheteur l'action de vente *utilis;* comme, réciproquement, il l'a contre moi, *ad exemplum institoriæ actionis.* Mais le mandataire n'en avait pas moins contre l'acheteur, l'action résultant du contrat de vente, et réciproquement l'acheteur l'avait contre lui, puisque le contrat s'était passé entre eux.

Voyez d'autres cas, où le principe a également été modifié, dans la L. 14, § *ult.*, et L. 15 ff. *de Const. pecun.*, et dans la L. 5, ff. *de Stip. præt.*

du mandataire pourraient toujours faire saisir et vendre sur lui cet immeuble.

Au contraire, lorsque le mandataire traite au nom du mandant, il n'est à proprement parler qu'un instrument vivant dont s'est servi ce dernier pour traiter : c'est lui qui est censé partie au contrat, et non le mandataire; c'est lui qui devient propriétaire de l'objet acheté, si c'est un achat, et par conséquent il n'y a qu'une seule mutation de propriété : aussi est-il directement passible de l'action du tiers, et non le mandataire. Au lieu que dans le premier cas, le tiers n'aurait action contre le mandant qu'en qualité de créancier du mandataire, et comme exerçant les droits de son débiteur vis-à-vis du mandant, par application du principe général de l'article 1166. Ces importantes différences expliquent très-bien pourquoi, dans notre Droit, les mandataires traitent ordinairement au nom du mandant; mais cela, encore une fois, n'est pas de rigueur pour qu'il y ait véritable mandat avec tous ses effets entre le mandant et le mandataire.

200. L'article que nous analysons dit aussi que le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose *pour le mandant* et en son nom; au lieu que les Institutes de Justinien, *tit. de Mandato*, disent, d'après Gaïus, dans la loi 2 ff. *Man-*

dati vel contrà, que le mandat peut être donné, ou dans l'intérêt du mandant seul, ou dans l'intérêt du mandant et du mandataire, ou dans l'intérêt d'un tiers, ou dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, ou enfin dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers; mais non dans l'intérêt du mandataire seul, car alors ce ne serait qu'un simple conseil, nullement obligatoire pour celui à qui il serait donné, et pareillement non obligatoire pour celui qui le donnerait (1).

Le mandat est donné dans l'intérêt du mandant seul, par exemple, dans le cas où celui-ci charge quelqu'un de lui acheter un fonds, de gérer ses biens, de le cautionner auprès d'un tiers, etc.

Il est donné dans l'intérêt du mandant et du mandataire, dans le cas où le premier charge le second de prêter de l'argent à intérêt à quelqu'un qui doit employer cet argent pour ses affaires, de lui mandant.

Dans l'intérêt d'un tiers seul, lorsque, par exemple, je vous charge d'acheter telle maison pour Titius, de gérer ses affaires, de le cautionner.

Dans l'intérêt du mandant et d'un tiers, dans

(1) A moins toutefois que le conseil n'eût été donné par esprit de fraude, auquel cas, si la personne à laquelle un tel conseil aurait été donné en avait éprouvé quelque préjudice, elle pourrait avoir l'action *de dolo* contre l'auteur du conseil frauduleux. *vide* L. 47, ff. *de Regul. juris.*

le cas où je vous charge d'administrer des biens que j'ai en commun avec Titius, ou d'acheter pour moi et Titius un fonds, ou de cautionner Titius et moi à raison d'une dette qui nous est commune.

Enfin, dans l'intérêt du mandataire et d'un tiers, par exemple dans le cas où je vous donne le mandat de prêter de l'argent à intérêt à Titius; au lieu que si je vous chargeais de prêter gratuitement à Titius, le mandat serait seulement dans l'intérêt de ce dernier.

201. Mais on ne concilie pas parfaitement, au premier coup-d'œil, le mandat que je donne pour l'avantage d'un tiers seulement, avec le principe qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; *etenim explorati juris est nemini actionem competere, nisi ei cujus interest;* L. *Qui fundum,* 32, ff. *Locati,* et § *alteri,* 18 *Instit. de inutilib. stipul.* Or, je n'ai pas d'intérêt, on le suppose, à ce que le mandataire fasse la chose que je l'ai chargé de faire pour le tiers : d'après cela, il peut donc impunément négliger d'exécuter la commission qu'il a acceptée. Cela paraît d'autant plus évident, que l'obligation d'un mandataire qui ne remplit pas le mandat ne peut, comme toute obligation de faire non exécutée, consister que dans des dommages-intérêts envers le mandant, et les dommages-intérêts eux-mêmes consistent uniquement dans la perte éprouvée et dans le

gain manqué, *damnum immergens et lucrum cessans;* or, précisément je n'éprouve aucune perte à raison de l'inexécution du mandat donné réellement et uniquement dans l'intérêt d'un tiers, et cette inexécution ne me prive non plus d'aucun bénéfice. Aussi Ulpien, dans la loi 8, § 6, ff. *Mandati*, dit-il que l'action de mandat ne peut avoir lieu au profit du mandant, qu'autant que celui-ci avait intérêt à l'exécution du mandat, et seulement jusqu'à concurrence du montant de cet intérêt : *Mandati actio tunc competit, cùm cœpit interesse ejus qui mandavit; cæterùm si nihil interest, cessat mandati actio. Et eatenùs competit quatenùs interest.* Comment donc, d'après cela, reconnaître qu le mandat peut valablement être donné dans le seul intérêt d'un tiers, de manière à produire une action contre le mandataire, si celui-ci, au mépris de sa promesse, ne l'exécute pas?

On donne plusieurs explications de cette difficulté. Les uns, comme Pothier (1), disent que

(1) Traité *du Contrat de Mandat*, n° 17. « Par exemple, dit cet auteur, si Pierre, mon ami, étant parti pour un voyage, sans charger « personne de ses affaires, je vous ai chargé de faire ses vendanges, « ce mandat intervient *alienâ tantùm gratiâ.* Les vendanges de Pierre, « dont je vous ai chargé par ce mandat étant une affaire qui est entiè- « rement l'affaire de Pierre, et qui ne me concerne en rien, ce mandat « intervient *alienâ tantùm gratiâ.* Il ne laisse pas néanmoins d'être « valable, parce qu'en vous chargeant de cette vendange, j'en deviens « moi-même chargé envers Pierre, et par conséquent j'ai intérêt que « vous m'en rendiez compte, pour que moi-même j'en puisse rendre « compte à Pierre. »

par cela seul que je donne à Sempronius mandat de faire une affaire qui concerne Titius, je gère l'affaire de ce dernier; que, comme gérant des affaires de Titius, je suis obligé envers lui, et tenu de l'action *negotiorum gestorum directa;* par conséquent que j'ai intérêt à ce que cette affaire de Titius, dont j'ai chargé Sempronius, soit faite, et bien faite, par celui-ci, et par cela même que j'ai contre lui l'action de mandat, s'il ne l'a pas faite et bien faite.

Nous concevons très-bien cela du cas où, gérant déjà les affaires de Titius, soit comme tu-

---

Il ne nous paraît pas exact de dire que, par cela seul que je donne mandat à quelqu'un de faire les vendanges de mon ami, je m'oblige envers cet ami, car je ne touche pas encore à ses affaires, et si le mandat reste sans aucune exécution, je ne me serai par le fait nullement mêlé des affaires de mon ami, puisqu'elles n'auront été gérées en aucune façon par moi; or, Pothier me suppose d'abord obligé envers mon ami par cela seul que j'ai donné mandat à quelqu'un de faire ses vendanges, et c'est de cette obligation de ma part qu'il fait résulter celle du mandataire d'exécuter le mandat; mais c'est mal raisonner, c'est prendre l'effet pour la cause. Le mandataire qui n'a point exécuté le mandat, et que je veux poursuivre pour ce fait, me répond que le tiers n'a rien à me demander, puisque je n'ai pas touché à ses affaires, et que le mandat intervenu entre nous est un contrat dans lequel ce tiers n'a pas été partie; or, si le tiers n'a rien à me demander, je n'éprouve donc aucun préjudice de l'inexécution du mandat, et étant ainsi sans intérêt, je ne puis avoir d'action. Autre chose serait si le mandat avait été exécuté, mais mal exécuté; dans ce cas, je me serais réellement mêlé des affaires de mon ami par le ministère de mon mandataire, et ces affaires ayant été mal gérées, je serais responsable envers le propriétaire, et par cela même mon mandataire le serait envers moi pour les avoir mal administrées. Mais Pothier a trop généralisé sa doctrine.

teur, soit comme simple *negotiorum gestor*, je donne à Sempronius mandat de faire quelque chose dépendant de ma gestion, et sans laquelle elle serait incomplète ; ou qu'ayant été chargé moi-même par mandat de Titius de faire quelque chose pour lui, je charge à mon tour Sempronius de faire cette chose : dans ces cas, en effet, l'acceptation du mandat que j'ai donné à Sempronius l'oblige envers moi, mais c'est parce que j'ai réellement moi-même intérêt à l'exécution du mandat, et ce n'est évidemment pas le cas d'un mandat donné *alienâ tantùm gratiâ.* Mais si, sans avoir reçu de mandat de Titius, je charge Sempronius de payer sa dette, ou d'acheter pour Titius tel fonds, nous ne voyons pas comment le défaut d'exécution de ce mandat pourrait me donner une action, l'action *mandati directa*, contre Sempronius : celui-ci me répondrait que l'intérêt est la mesure des actions ; que c'est pour ce motif qu'on ne peut, en général, même dans notre Droit, stipuler pour autrui (art. 1119 et 1165), et qu'évidemment je n'ai pas d'intérêt à me plaindre de l'inexécution du mandat ; que l'intérêt d'affection n'est généralement d'aucune considération en Droit.

Evidemment aussi Titius ne saurait avoir d'action contre Sempronius, à raison du mandat donné par moi à ce dernier, et non exécuté, car il n'a pas traité avec lui, et il est de principe qu'on ne peut tirer une action du contrat d'au-

trui; L. 11, ff. *de Obligat. et act.* Ce principe ne reçoit exception que dans les cas spécifiés par la loi, et au nombre desquels n'est point celui dont il s'agit (art. 1121 et 1165 analysés et combinés).

A la vérité, si Sempronius avait exécuté le mandat, il aurait acquis contre moi une action, *actio mandati contraria*, et par réciprocité j'aurais moi-même contre lui l'action *mandati directa*, L. 6, § 4, ff *Mandati;* mais ce n'est pas ce dont il s'agit dans notre espèce; la question est de savoir si, dans les cas supposés en dernier lieu, j'ai action contre Sempronius, à raison de ce qu'il n'a pas payé la dette de Titius, ou acheté la maison, ainsi qu'il m'avait promis de le faire, et bien certainement je n'ai pas d'action contre lui, parce que le lien de toute obligation, l'intérêt, manque absolument dans ce cas. Tel est aussi l'avis de Vinnius, qui explique en ce sens le § 3 des Institutes à ce titre. Ce judicieux jurisconsulte observe que le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers uniquement, s'entend en ce sens qu'à la vérité il ne s'agit, dès le principe, que de l'intérêt du tiers seulement, et qu'il suffit qu'ensuite le mandant lui-même ait intérêt à l'exécution du mandat pour que le mandataire soit obligé à l'exécution, et passible de l'action *mandati*, s'il y manque; mais qu'il faut du moins, pour cela, que cet intérêt vienne à exister en la personne du mandant, et il cite à ce sujet la loi 38, ff. *de Negotiis gestis*, ainsi conçue : *Si quis*

mandatu Titii negotia Seii gessit, Titio mandati tenetur : lisque æstimari debet quanto Seii et Titii interest : Titii autem interest, quantum is Seio præstare debet, cui vel mandati, vel negotiorum gestorum nomine obligatus est : Titio autem actio competit cum eo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequàm ipse quicquam domino præstet : quia id ei abesse videtur, in quo obligatus. Cette loi explique parfaitement, en effet, en quel sens le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers seulement est obligatoire pour la personne qui l'a accepté. Dans l'espèce, Titius, qui a donné mandat à quelqu'un de gérer les affaires de Séius, a action contre le mandataire, qui ne les a pas gérées, ou qui les a mal gérées, pour une somme égale à celle à laquelle il pourrait être condamné lui-même envers Séius, pour s'être mêlé de ses affaires; or, s'il ne s'en est pas mêlé du tout autrement qu'en donnant ce mandat qui est resté sans exécution, il n'a fait ni causé aucun tort à Séius, et dès-lors ne devant rien à ce sujet à ce dernier, le mandataire, de son côté, ne lui doit rien non plus. C'est la même décision que celle de la loi 8, § 6, ff. *Mandati.*

D'autres docteurs interprètent le § des Institutes (portant que le mandat peut être efficacement donné dans l'intérêt d'un tiers seulement) en ce sens, que, dans ce cas, l'intérêt du mandant lui-même se trouve mêlé dès le principe à celui du mandataire : comme serait, par exemple, le cas

où, chargé par vous de faire telle chose, je chargerais moi-même ensuite quelqu'un de faire cette chose. Mais en réalité, dans ce cas, le mandat que je donnerais serait plutôt dans mon intérêt, à raison de mon obligation envers vous, qu'il ne serait dans le vôtre; ce ne serait au surplus évidemment pas le cas d'un mandat donné *alienâ tantùm gratiâ*, ainsi que l'observe fort bien Vinnius.

Le Code civil, en disant que le mandat est un acte par lequel une personne donne pouvoir à une autre, de faire quelque chose *pour le mandant*, paraît considérer, comme n'étant pas obligatoire, le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers seulement; mais cependant, quoique le nom d'un tiers y fût seul mentionné, si, par les circonstances dans lesquelles le mandat serait intervenu, le mandant avait aussi réellement intérêt à ce qu'il fût exécuté, alors nul doute que le mandataire ne fût tenu de l'exécuter, et passible de dommages-intérêts envers lui pour y avoir manqué.

202. Il faut, au surplus, ne pas confondre les simples recommandations avec le mandat donné dans l'intérêt d'un tiers; car, en général, une simple recommandation faite de bonne foi n'oblige pas plus qu'un conseil, également donné de bonne foi, lors même que la personne à laquelle la recommandation a été adressée a fait quelque dépense en faveur de la personne re-

commandée ; L. 12, ff. *Mandati* : d'où l'on dit ordinairement : *verba aut scripta commenditi-tia non inducere obligationem mandati ;* L. *Fidei-commissa*, 11, § 2, ff. *de Legatis* 3°.

D'après cela, si je dis ou écris à Paul qu'il peut prêter de l'argent à Pierre, qui en a besoin pour faire ses affaires; que Pierre est un honnête homme, digne qu'on lui rende service, qu'il est d'ailleurs solvable, je ne donne pas pour cela mandat à Paul de prêter de l'argent à Pierre; je n'entends point m'obliger, mais recommander quelqu'un qui me paraît digne d'intérêt : l'obligation ne se présume généralement pas.

Et quand bien même j'aurais fait indiscrètement cette recommandation, que je me serais trompé sur la solvabilité de Pierre, je ne serais pas pour cela garant du prêt ; car j'ai entendu donner un simple conseil, ou tout au plus faire une simple recommandation (1); et si je n'ai point donné ce conseil par esprit de fraude, je ne suis point tenu (2). Mais si je connaissais l'insolvabilité de Pierre, au moment où j'ai dit ou écrit à Paul qu'il pouvait lui prêter, cette mauvaise foi de ma part me rendrait passible de la garantie, en vertu du principe général que tout fait quelconque de l'homme qui cause du préjudice à autrui, oblige celui par la faute duquel ce pré-

(1) Pothier *du Contrat de mandat*, n° 20.

(2) *Consilii non fraudulenti, nulla obligatio est* ; L. 47, ff. *de Regul. juris.*

judice est arrivé, à le réparer (art. 1382, et *dicta lege*, 47, ff. *de regul. juris.*) (1).

203. Au lieu que si je dis ou écris à Paul de prêter telle somme à Pierre, ou si je donne à Pierre une lettre de créance sur Paul, pour prendre chez celui-ci telle somme, je donne par cela même mandat à Paul, et si celui-ci compte cette somme, ou une moindre, à Pierre, j'en suis garant, à raison de mon mandat. Si Paul prête ou compte au-delà de la somme déterminée, je ne suis garant que jusqu'à concurrence de cette somme. Si la somme n'a pas été déterminée, s'il a été dit simplement : *vous voudrez bien compter à M. un tel la somme dont il aura besoin*, je suis obligé pour toute la somme que, d'après les circonstances du fait, je serais raisonnablement présumé avoir voulu cautionner, mais non pas pour toute somme qu'il aurait plu à Paul de compter à Pierre. En effet, si j'écris à un ami demeurant à Lyon, de compter à mon neveu la somme dont celui-ci aura besoin pendant son séjour en cette ville, qui doit être de deux ou trois mois, et que cet ami imprudent compte à mon neveu des sommes énormes, qu'il dépense au jeu ou en vaines profusions, je ne suis pas garant de toutes ces sommes, mais seulement de

(1) Pothier, *ibid.*

celles que le mandataire a pu raisonnablement croire que j'aurais moi-même remises à mon neveu pour ses dépenses, si j'avais été sur les lieux.

Il importe donc de bien faire attention aux termes dans lesquels sont conçues les lettres, ou dont se sont servies les parties dans le discours, pour connaître si elles ont entendu former le contrat de mandat, ou bien simplement faire et accepter une pure recommandation; et, dans le premier cas, pour apprécier l'étendue du mandat.

Mais ces expressions : *Je vous prie de compter à M. telle somme;* ou *vous m'obligerez, si vous comptez à M. un tel ce qu'il vous demandera;* ou bien, *si vous aviez la bonté de compter telle somme à M. un tel; veuillez bien compter telle somme*, et autres expressions semblables ou analogues, renferment évidemment un mandat.

204. Comme le mandat est donné pour faire quelque chose, il est clair qu'il est sans effet s'il est intervenu pour faire une chose qui se trouvait déjà faite au temps où il a été donné, soit que les parties eussent des doutes à cet égard au temps de l'acte, soit qu'elles ignorassent complètement que la chose était déjà faite : tel serait le cas où je vous chargerais de payer la dette de Paul, et que Paul, au temps du mandat, se trou-

vait avoir déjà payé cette dette. Tel serait aussi le cas où je vous aurais mandé de prêter telle somme à Paul, pour telle destination, et que vous vous trouveriez lui avoir prêté cette somme, pour le même objet, au temps où vous auriez reçu ma lettre : je ne serais point garant du prêt.

La personne chargée du mandat de faire une chose qui se trouvait déjà faite au temps du mandat, pourrait toutefois, en certains cas, avoir une action pour répéter les dépenses qu'elle se trouverait avoir faites pour exécuter la commission dont elle a été chargée; mais elle n'aurait pas à proprement parler l'action de mandat, *actio mandati contraria*, puisqu'il n'y avait réellement pas de mandat valable en pareil cas; elle aurait simplement l'action *in factum*, résultant des dépenses faites d'après la volonté de celui qu avait donné la commission.

205. Puisque le mandant est censé faire par lui-même ce qu'il fait par le ministère du mandataire, il suit de là qu'il n'y a pas mandat valable toutes les fois que j'ai donné à quelqu'un mandat de faire ce que je ne pouvais faire par moi-même.

Ainsi, comme je ne puis valablement acheter ma propre chose, *quia rei suæ emptio non valet*, je ne puis par conséquent donner à quelqu'un mandat de l'acheter.

Toutefois, si un tiers possède une chose qui m'appartient, et que j'ignore m'appartenir, le

mandat que je donne à quelqu'un de l'acheter est bien nul en principe, mais néanmoins si le mandataire, ignorant aussi que c'est ma chose, en fait l'achat avec ses deniers, je suis obligé de lui restituer ce qu'il a déboursé, comme s'il avait agi en vertu d'un bon mandat; sauf à moi mon recours contre le tiers vendeur; car il ne serait pas juste que pour avoir voulu me rendre service, il fût exposé à perdre ses déboursés, en cas d'insolvabilité de ce dernier.

Quoique le principe que le propriétaire d'une chose ne peut sciemment donner mandat de l'acheter fût aussi reconnu comme vrai en Droit romain, néanmoins on avait admis, *benignè et contrà juris rationem*, la validité du mandat dans le cas où un débiteur qui avait hypothéqué des biens dont les créanciers poursuivaient la vente, avait donné à un tiers mandat de les acheter; L. 22, § 3, ff. *Mandati.* Mais d'après l'article 713 du Code de procédure, les avoués ne peuvent se rendre adjudicataires pour le saisi, et par le même motif, ils ne peuvent se rendre adjudicataires pour une personne interposée par lui.

206. A plus forte raison, celui à qui l'on a simplement donné mandat de vendre des biens ne peut-il, soit par lui-même, soit par personne interposée, s'en rendre adjudicataire (art. 1596), car il jouerait tout à la fois le rôle de vendeur et d'acheteur, ce qui répugne évidemment à la na-

ture des contrats : il jouerait le rôle de vendeur, puisqu'il représente en ce cas celui dont les biens sont vendus, et le rôle d'acheteur, puisque ce serait pour son compte et dans son intérêt qu'il ferait l'achat.

207. Nous disons bien qu'un mandataire ne peut acheter les biens qu'il est chargé de vendre, parce qu'il répugne à la nature des contrats qu'une personne joue tout à la fois, dans son intérêt, le rôle de vendeur et d'acheteur; mais rien n'empêche toutefois qu'une personne ne reçoive de divers individus mandat de vendre et d'acheter la même chose. Par exemple, je remets à un proxénète, à un commissionnaire, certaine partie de marchandises pour les vendre, et Paul, de son côté, lui a donné commission de lui acheter des marchandises de cette espèce : le commissionnaire peut faire la double opération, soit que j'aie ou non fixé le prix de ma marchandise, et soit que Paul ait ou non déterminé le prix auquel il entendait acheter. Cela est même fréquent dans le commerce. Ici ce n'est point dans son intérêt que la personne chargée de vendre et d'acheter fait l'opération; elle n'est qu'un simple intermédiaire entre ceux qui lui ont donné commission, l'un d'acheter, l'autre de vendre, ce qui ne répugne pas plus à la nature des contrats que le choix d'un arbitre pour fixer le prix d'une vente, opération dans laquelle

incontestablement il représente tout à la fois le vendeur et l'acheteur.

208. Je ne puis donner à quelqu'un mandat de m'acheter la chose qui lui appartient : il jouerait également le rôle de vendeur et d'acheteur ; *le rôle d'acheteur*, puisqu'il me représenterait dans dans cette opération, et *le rôle de vendeur*, comme maître de la chose. Or, une personne ne peut acheter sa propre chose. Si donc j'ai donné mandat à Paul de m'acheter une certaine chose, que je croyais appartenir à Pierre, Paul, qui est ensuite venu à découvrir que c'était sa chose, n'est en aucune façon passible de l'action de mandat pour avoir laissé ce mandat sans exécution. Et si c'est après avoir acheté la chose qu'il est venu à découvrir qu'elle lui appartenait, il ne sera point obligé de me la remettre, puisque le mandat est nul, ni de payer le prix de vente au tiers vendeur, puisque la vente est pareillement nulle. En supposant qu'il l'eût payé, et de ses deniers, avant d'avoir découvert que la chose lui appartenait, la question serait de savoir s'il aurait simplement action en répétition contre le tiers vendeur, ou s'il aurait contre moi l'action *mandati contraria*, ce qui serait fort important pour lui dans le cas où le vendeur serait maintenant insolvable.

D'abord, il est clair que s'il ne m'offrait pas de me remettre la chose achetée, je pourrais

repousser son action par fin de non-recevoir ; car il serait mal fondé à me demander l'exécution des obligations résultant du mandat, quand, de son côté, il ne les remplirait pas à mon égard ; mais, en supposant même qu'il offrît de me remettre la chose, nous ne pensons pas qu'il eût action contre moi pour se faire rembourser le prix par lui payé au tiers vendeur, attendu qu'il l'a compté en exécution d'un contrat nul, et qu'il y a encore plus de faute de sa part, si l'on peut s'exprimer ainsi, puisqu'il devait encore mieux savoir que moi, que la chose que je l'avais chargé d'acheter lui appartenait. Je n'ai pas entendu acheter sa chose, mais bien celle de Pierre. Mais si c'était avec mes deniers que l'objet eût été payé au vendeur, on devrait peut-être agir en répétition contre ce dernier.

209. Quoique, dans les principes, je ne puisse avec effet donner à quelqu'un le mandat d'acheter pour moi sa propre chose, néanmoins, dans le Droit romain lui-même, je pouvais très-bien, et je pourrais pareillement dans notre Droit, donner à l'un des copropriétaires d'une chose, par exemple à un cohéritier, le mandat de m'acheter la chose commune, soit en adjudication, soit en traitant de gré à gré avec les autres copropriétaires (1).

---

(1) L. 22, § 4, ff. *Mandati*; L. 34, § 1 et L. 55 *eod tit.*

Cela ne faisait aucun doute quant aux parts de ceux-ci, mais il n'en était pas tout à fait de même quant à celle du mandataire, ainsi que le fait clairement entendre Africain, dans la loi 34, § 1, ff. à ce titre, où il suppose que j'ai donné à un cohéritier, mandat d'acheter pour moi une chose de l'hérédité, non encore partagée, moyennant un certain prix ; néanmoins cela fut admis, par le motif que, dans cette opération, il y a tout à la fois mandat d'acheter les parts des copropriétaires, et vente, par le mandataire, de sa propre part, sous une condition, savoir : *si les autres vendent les leurs.* Et dans cette espèce, Africain dit qu'il y a cela de particulier que, bien que le mandat finisse par la mort du mandant ou du mandataire, néanmoins, si le mandant est venu à mourir avant l'achat, et que le mandataire n'ait pas voulu vendre ensuite à d'autres la chose achetée, à cause du mandat, il a l'action *mandati* contre les héritiers du mandant, pour les obliger à recevoir la chose et à en payer le prix, quoiqu'il eût connaissance de la mort de ce dernier avant d'avoir acheté lui-même; et réciproquement, que les héritiers du mandant ont l'action de mandat contre le mandataire, si celui-ci a vendu ensuite la chose à un tiers; en un mot, que l'action de mandat produira entre eux, sous ce rapport, les mêmes effets que ceux que produirait l'action de vente ; par la raison qu'une vente conditionnelle n'est

point résolue par la mort du vendeur, la condition, dans les contrats, pouvant fort bien s'accomplir après la mort de l'une des parties, et même de toutes deux, parce qu'elle a un effet rétroactif (art. 1179).

Nous doutons très-fort qu'un tel mandat, dans notre Droit, ne fût pas dissous par la mort du mandant ou du mandataire, si elle venait à avoir lieu avant l'achat; sauf, bien entendu, les effets résultant de la circonstance que celle du mandant aurait été ignorée, soit du mandataire, soit des tiers, au temps de l'opération.

210. Mais, dans l'espèce ci-dessus, quelle est la somme que le mandataire co-propriétaire peut demander au mandant, pour sa part dans la chose?

Les lois romaines décidaient la question au moyen de certaines distinctions, et comme ces décisions paraissent assez justes, on pourrait les suivre dans notre Droit, sauf à les modifier selon les circonstances du fait.

Ainsi Nératius, dans la loi 35, ff. à ce titre, suppose que celui qui a donné à l'un des co-propriétaires d'une chose, mandat de la lui acheter, a fixé le prix qu'il entendait y mettre, et il décide que le mandataire aura pour sa part une somme proportionnellement égale à celle que les autres co-propriétaires ont eue pour les leurs, sans toutefois que la somme totale puisse excéder

celle qui a été déterminée par le mandat; en sorte que si cette dernière somme était de 100 seulement, et que le mandataire qui avait, par exemple, un quart dans la chose, ait payé 85 aux autres co-propriétaires pour leurs parts, il n'aurait lui-même que 15 pour la sienne, quoiqu'elle valût davantage. La raison de cette décision est que le mandataire s'est obligé par le mandat à faire avoir la chose au mandant, s'il le pouvait, moyennant cent, puisqu'il a accepté le mandat qui fixait cette somme; or, il peut très-bien la lui faire avoir pour ce prix; il pouvait aussi renoncer au mandat avant d'avoir acheté les parts de ses co-propriétaires, quand il a vu qu'il ne pouvait les avoir pour 75, et, dans ce cas, le mandant n'aurait rien eu à lui reprocher : on peut donc naturellement croire qu'il a voulu abandonner la sienne pour 15, en achetant celle des autres 85.

Toutefois, quand Nératius dit que le mandataire aura pour sa part une somme proportionnellement égale à celle que les autres ont eue pour les leurs (sans que la somme totale puisse excéder celle qui a été fixée par le mandat), cela doit s'entendre du cas où la chose a été vendue pour un prix ordinaire, celui qui a été fixé par le mandant, ou pour un prix approchant, et non du cas où, au contraire, la chose a été vendue à vil prix; car il ne serait pas juste que le mandataire fût victime de son zèle à bien remplir le

mandat, et souffrît ainsi de la trop grande facilité de ses co-propriétaires, ou des besoins qui les ont portés à abandonner leurs parts à si bas prix, de manière à être tenu d'abandonner aussi la sienne au mandant pour le même prix. Mais, d'un autre côté, il ne serait pas juste non plus que ces circonstances tournassent à son profit, et que le mandat, qui est un contrat de pure bienfaisance, fût pour lui une cause de lucre. En conséquence, Javolenus, dans la loi 36, § 1, ff. à ce titre, décide, dans l'espèce, que le mandataire devra abandonner au mandant sa part moyennant l'estimation qui en sera faite par experts.

Cette décision paraît assez raisonnable, mais néanmoins, comme, dans notre Droit, le mandat n'est pas un contrat essentiellement gratuit, elle pourrait fort bien se modifier suivant les circonstances du fait. Par exemple, si je donne mandat à un copropriétaire d'acheter pour moi la chose commune, moyennant tant, et que des termes du mandat il résulte que ce n'est que moyennant cette somme que celui-ci entendait me la remettre, au cas où il parviendrait à l'acheter, voulant profiter du bon marché que lui feraient ses copropriétaires, nul doute qu'il ne doive avoir pour sa part ce qui manquerait à celles des autres pour parfaire la somme fixée par le mandat.

Si, dans l'espèce ci-dessus, le mandant n'a pas fixé de prix, on ne peut pas dire que celui de la part du mandataire doit être le même que celui

auquel il a acheté les parts des autres co-propriétaires ; cela ne serait pas dans l'intérêt du mandant, puisque le mandataire aurait par là intérêt à acheter fort cher. Il y aura donc lieu aussi à estimer la part du mandataire, suivant la décision de Nératius, à la fin de la loi 35 précitée. Et si les parts des autres co-propriétaires ont été achetées pour des prix différens, Javolenus, dans la loi suivante, *principium*, dit que le sentiment commun des jurisconsultes est que l'on doit cumuler tous ces prix, et fixer celui de la part du mandataire d'après la moyenne proportionnelle. Cette décision devrait être aussi suivie dans notre Droit en pareil cas.

211. Dans la loi 49 ff. *hoc tit.*, Marcellus suppose que je possédais de bonne foi un esclave appartenant à Titius, *putà*, parce que je l'avais acheté de quelqu'un qui le possédait; que j'ai donné mandat à Titius de vendre cet esclave, et enfin que Titius l'a vendu, ignorant, ainsi que moi, qu'il lui appartenait : le jurisconsulte se demande ce qu'on doit décider touchant le droit d'éviction et relativement au mandat. Il décide que Titius, bien qu'il ait vendu comme mandataire, est obligé envers l'acheteur. Cela est en effet une conséquence des principes du Droit romain en matière de mandat, principes suivant lesquels, comme nous l'avons dit, le mandataire était obligé envers le tiers avec lequel il avait traité, sauf

son recours contre le mandant. À la vérité, c'était dans l'ignorance que c'était son esclave, que Titius avait accepté et exécuté le mandat de le vendre, mais cette circonstance est étrangère au contrat de vente fait avec le tiers; il n'y a pas eu d'erreur quant à l'objet de ce contrat : l'esclave dont il s'agit est bien celui que Titius a entendu vendre et que l'acheteur a entendu acheter : nul doute donc que Titius ne soit obligé envers l'acheteur par le contrat de vente, sauf à lui son recours contre le mandant, s'il avait intérêt à ne pas se défaire de son esclave pour le prix moyennant lequel il l'a vendu en exécution du mandat. Par cette raison, Marcellus ajoute que si Titius a livré l'esclave, avant d'avoir découvert qu'il lui appartenait, il ne pourra pas le revendiquer. Le motif de cette seconde décision, c'est que s'il le revendiquait, il serait repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*, qui rendait le demandeur non recevable, quoique d'ailleurs il fût réellement propriétaire de la chose revendiquée (1).

La loi 35 ff. *de Acquir. rer. dom.* n'est pas contraire à cette décision, en disant que le mandataire qui, par erreur, a livré sa chose, au lieu de celle du mandant, n'en a point perdu la propriété; qu'il n'y a pas d'aliénation, *quia nemo errans suam amittit*, (et par conséquent qu'il

(1) *Vide* le titre *de Except. rei venditæ*, ff.

peut la revendiquer); car, dans ce cas, le mandataire n'a pas fait la vente de sa chose au tiers, avant de la lui livrer, comme dans le cas de la loi 49, du moins rien ne l'indique : c'est donc une erreur qui porte sur le fait même de la tradition, sur l'objet livré, *error in corpus ipsum.*

Au surplus, dans notre Droit, s'il s'agissait d'un immeuble qui appartînt au mandataire, et que celui-ci croyait appartenir au mandant qui l'avait chargé de le vendre, nul doute que le mandataire ne fût recevable à le revendiquer, s'il l'avait livré, et par conséquent bien fondé à se refuser à en faire la délivrance, s'il ne l'avait pas encore faite; sauf à l'acheteur son action en garantie contre le mandant; car, dans notre Droit, c'est le mandant, et non le mandataire, qui est censé traiter, quand c'est au nom du premier que le contrat a lieu : d'après cela, aucune exception de la nature de l'exception *rei venditæ* des Romains ne pourrait être opposée à la revendication du mandataire qui est venu à découvrir que la chose vendue lui appartenait.

Mais s'il s'agissait d'un effet mobilier, dont l'acheteur aurait été mis en possession, comme, chez nous, en fait de meubles la possession vaut titre (art. 2279), le mandataire ne pourrait généralement pas le revendiquer; sauf son recours contre le mandant.

212. Quant aux personnes entre lesquelles

peut intervenir le contrat de mandat, l'article 1990 du Code porte que « les femmes mariées et « les mineurs émancipés peuvent être choisis « pour mandataires; mais le mandant n'a d'ac- « tion contre le mandataire mineur que d'après « les règles générales relatives aux obligations « des mineurs, et contre la femme mariée qui « a accepté le mandat sans autorisation de son « mari, que d'après les règles établies au titre « *du Contrat de mariage et des droits respectifs des* « *époux.* »

Mais ces mots, *mineurs émancipés*, ne doivent pas être pris dans un sens restrictif; on ne voit pas pourquoi je ne pourrais donner tout aussi valablement mandat de me représenter dans telle affaire à mon fils aîné, âgé de vingt ans passés, dont je connais la prudence et le discernement, qu'à sa sœur, âgée de quinze ans et un mois, et qui a été émancipée par son mariage : c'est moi qui suis censé agir par le ministère de mon mandataire, et par conséquent c'est en moi, et non dans le mandataire que je me choisis, qu'il faut exiger la capacité générale de contracter: tant pis pour moi si je place mal ma confiance. Dans le Droit romain lui-même (1), où cependant le mandataire traitait en son nom personnel avec les tiers,

---

(1) *Vide* la L. 4 Cod. *de Solut.*, et ce que nous avons dit au tome XII, n° 47, en parlant des personnes auxquelles le paiement d'une dette peut valablement être fait.

sauf à rendre compte de ses opérations au mandant, rien ne s'opposait à ce qu'un mineur, même un impubère, fût choisi pour mandataire; or, à plus forte raison, en doit-il être ainsi chez nous, où le mandataire traite généralement au nom du mandant, où il n'est, comme nous l'avons dit, qu'un truchement, un instrument vivant du mandant. Supposez que j'aie donné à mon fils ou à mon neveu, jeune homme de vingt ans passés, mais non émancipé, mandat de toucher de mon débiteur le montant de ma créance, et par conséquent pouvoir de donner quittance : quoi! dans ce cas, je pourrai forcer mon débiteur à payer derechef, tant qu'il ne prouvera pas que mon fils ou mon neveu m'a remis les deniers, et qu'ainsi j'en ai profité! Il n'est pas un juge raisonnable qui portât une telle décision; et cependant elle serait la conséquence de la nullité du mandat donné à un mineur non émancipé. Comme les mineurs non émancipés ne font généralement aucune affaire, à la différence des mineurs émancipés, qui peuvent en faire un assez grand nombre, les rédacteurs du Code ont songé à ces derniers, et non aux autres, quant au mandat; mais ils n'ont point entendu dire par là qu'un citoyen ne pourrait placer valablement sa confiance dans un mineur non émancipé, quoiqu'il l'en jugeât très-digne; car il y est seul intéressé. La règle des inclusions est dangereuse; il faut s'en défier, et ce ne serait cependant que par application de

cette règle, qu'on serait amené à dire que le mandat donné à un mineur non émancipé n'est point obligatoire pour le mandant, soit par rapport à celui-ci vis-à-vis du mandataire lui-même, soit par rapport au mandant vis-à-vis du tiers avec lequel le mandataire a traité, proposition évidemment fausse, au moins sous le premier rapport, d'après l'article 1125.

Peu importe que nous ayons dit qu'il faut, dans le mandat, que le mandataire puisse faire pour lui-même la chose dont on le charge, et qu'ainsi le mandat donné à quelqu'un pour acheter sa propre chose n'est pas valable; cette règle n'a point de rapport avec la capacité de contracter : si quelqu'un ne peut être chargé d'acheter sa propre chose, c'est qu'il jouerait en réalité, dans l'opération, le double rôle de vendeur et d'acheteur, ce qui répugne à la nature des contrats; mais rien de semblable dans le mandat que je donne à un mineur, même non émancipé. Si l'on s'attachait d'ailleurs à la capacité de contracter dans le mandataire, on ne voit pas pourquoi une femme mariée non autorisée de son mari ou de justice, pourrait valablement être chargée d'un mandat, car elle est incapable, en général, comme le mineur (art. 217 et 1124); or, elle peut cependant très-bien être choisie pour mandataire, et les contrats qu'elle aura faits avec les tiers, en exécution du mandat, seront parfaitement obligatoires pour ceux-ci et pour le man-

dant, et ce dernier sera aussi parfaitement obligé envers elle; seulement il n'aura lui-même action contre elle que d'après les règles générales sur les obligations des femmes mariées non autorisées. Or, il en doit être de même du cas où c'est un mineur, quoique non émancipé, qui a été chargé du mandat. Cela n'a jamais fait de doute dans les anciens principes, et l'on ne saurait apercevoir le motif de cette innovation, si les rédacteurs du Code avaient entendu en faire une à ce sujet, ce que, encore une fois, nous ne croyons pas.

213. Mais quant au mandant, c'est autre chose; comme c'est lui qui est censé traiter par le ministère du mandataire, il est clair qu'il doit être capable de pouvoir faire par lui-même l'opération dont il confie le soin à un autre : aussi, à cet égard, il faut recourir aux règles touchant la capacité de contracter, telles que nous les avons expliquées dans les volumes précédens, en parlant des femmes mariées, des mineurs, des interdits et des personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, et surtout au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général.*

214. Puisque le mandat est un contrat qui se forme par le seul consentement du mandant et du mandataire, il suit de là que l'acte qui contient la procuration n'est que la preuve du pou-

voir qui a été donné, et non la condition essentielle du mandat. Aussi, le mandat se donne-t-il, soit par acte public, soit par acte sous seing privé, soit par lettre missive, soit même verbalement; mais, dans ce dernier cas, la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre *des Contrats ou des obligations conventionnelles en général* (art. 1985).

215. Il n'est pas nécessaire, lorsque le mandat est donné par acte reçu par notaire, qu'il en soit gardé minute. La loi du 25 ventôse an XI, *sur le Notariat* (art. 20), en contient la disposition expresse. L'acte est alors passé en brevet; mais rien n'empêche de le faire avec minute, afin que le mandant en ait par devers lui une expédition, pour avoir sous les yeux l'étendue des pouvoirs qu'il a conférés.

216. Si le mandat est donné par acte sous signature privée, il n'y a pas nécessité de faire l'acte en double original, puisque le Code déclare que le mandat peut même être donné par lettre missive. Vainement dirait-on que le mandant contracte, par le fait du mandat, l'obligation d'indemniser le mandataire, des dépenses que celui-ci fera dans l'exécution du mandat, et des pertes que le mandat lui aura occasionées, et qu'ainsi le contrat étant synallagmatique, l'acte qui le constate doit, par cela même, être soumis

à l'application de l'article 1325; on répondrait que le mandat n'est point un contrat parfaitement synallagmatique, puisque les obligations du mandant ne résultent que d'un fait postérieur au mandat, savoir, du fait que le mandataire a dépensé quelque chose pour son exécution, ou a éprouvé quelque perte en l'exécutant. Or, comme nous l'avons démontré en l'analysant, au tome XIII, n° 150, cet article 1325 ne s'applique qu'aux contrats parfaitement synallagmatiques, c'est-à-dire aux conventions qui produisent des obligations de la part de chacune des parties l'une envers l'autre, et des obligations à remplir *à l'avenir.* L'acte contenant le mandat ou la procuration est un titre qui suffit au mandataire pour pouvoir réclamer ce qui pourra lui être dû à raison de l'exécution du mandat.

217. A la vérité, il y a plus de difficulté dans le cas où le mandat a été convenu avec salaire; la stipulation de ce salaire semble lui donner le caractère de contrat parfaitement synallagmatique, comme le louage d'ouvrage, et dès-lors il semblerait que l'acte devrait être fait en double original, conformément à l'article 1325 précité. Cependant il n'en est pas ainsi : premièrement, parce que le Code, qui établit que le mandat peut être convenu avec salaire, dit indistinctement qu'il peut être donné même par lettre; or, s'il peut être donné même par lettre, par la même

raison il peut être donné par un écrit fait simple. En second lieu, quoique la stipulation d'un salaire donne au mandat le caractère de contrat commutatif ou intéressé de part et d'autre, néanmoins elle ne lui donne pas absolument pour cela le caractère de contrat synallagmatique parfait, comme le louage ou la vente, car le mandant, nonobstant le salaire convenu, peut révoquer le mandat et empêcher de la sorte qu'il ne soit exécuté, auquel cas il ne devrait pas le salaire promis, tandis que la vente ou le louage ne peuvent être résiliés que du mutuel consentement des parties. Enfin, l'acte de procuration suffira aussi, dans ce cas, au mandataire, pour pouvoir réclamer le salaire convenu.

Mais, dira-t-on, s'il n'est pas nécessaire, quant au mandataire, que le mandat, gratuit ou avec salaire, soit fait en double original, cela paraît cependant nécessaire quant au mandant, puisque le mandataire, en niant ensuite s'être chargé du mandat, aura pu impunément négliger de l'exécuter : cela est vrai, mais c'est la faute du mandant d'avoir mal placé sa confiance, ou de n'avoir pas exigé une déclaration du mandataire qu'il acceptait le mandat. Il pourra, au surplus, prouver cette acceptation par un commencement d'exécution donné au mandat par le mandataire, par les actes que celui-ci aurait faits avec les tiers, en exécution du mandat, par la preuve testimoniale, dans les cas où la loi en autorise

l'admission, par l'aveu du mandataire, dans un interrogatoire sur faits et articles, et enfin en lui déférant le serment.

218. Dans le Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, on connaissait les mandats tacites, résultant de ce que le maître d'une affaire l'avait laissé gérer, à sa connaissance, par quelqu'un qu'il n'avait point expressément chargé de la gérer (1). On s'était déterminé par la règle de Droit, *is qui potest prohibere et non prohibet, consentire et mandare videtur;* L. 60, ff. *de Regul. juris.* Le Code (art. 1372) ne voit là qu'un cas de gestion d'affaires, un quasi-contrat, et non le contrat de mandat proprement dit, peut être à cause de l'incertitude qu'il pourrait y avoir, dans beaucoup de cas, sur la volonté du maître de l'affaire, et plus probablement encore pour établir que le gérant doit continuer la gestion qu'il a commencée, et l'achever, jusqu'à ce que le maître soit en état d'y pourvoir lui-même, comme s'il avait reçu à cet égard un mandat du propriétaire. Au reste, ce même article porte que le gérant se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.

219. Quoique le Code ne paraisse pas avoir

---

(1) L. 6, § 2, et L. 18, ff. *Mandati.*

admis les mandats tacites, néanmoins il n'est pas douteux que si une femme est dans l'habitude de faire les affaires de son mari, d'acheter les provisions ou les marchandises du commerce de celui-ci, de louer les ouvriers, de les payer, en un mot de faire ce que ferait le mari lui-même en pareil cas; il n'est pas douteux, disons-nous, que le mari ne puisse être poursuivi par les tiers avec lesquels la femme a traité, par billets ou autrement, car alors elle est la factrice de son mari (1); et la femme elle-même n'est point obligée, si elle ne s'est pas personnellement engagée, et avec l'autorisation du mari.

220. Il a été jugé, par arrêt de cassation, le 22 janvier 1812 (2), que le domestique n'est pas le mandataire tacite de son maître pour acheter à crédit les provisions du ménage; qu'ainsi, lorsqu'un domestique, qui a reçu de l'argent de son maître pour acheter les provisions du ménage, détourne cet argent et se fait délivrer les denrées à crédit, le maître, dans ce cas, n'est aucunement tenu vis-à-vis des fournisseurs qui ont suivi la foi du domestique.

Le système contraire pourrait en effet entraî-

---

(1) Voyez, dans le répertoire de M. Favard, au mot *Mandat*, les arrêts de la Cour de cassation du 25 janvier 1821, et 2 avril 1822, rendus en ce sens.

(2) Sirey, 1813-1-224.

ner les plus graves abus. Toutefois, les circonstances de la cause, notamment l'habitude où était le domestique de prendre à crédit, de l'ordre ou de l'autorisation tacite du maître, chez le fournisseur non payé, pourraient faire décider qu'il a agi de l'aveu du maître, dans le cas surtout où il s'agirait d'une fourniture ordinaire.

221. La remise des pièces à un avoué vaut pouvoir pour poursuivre et se constituer dans la cause, et c'est là un mandat tacite.

Mais aucune offre, aucun aveu ou consentement ne peuvent être faits sans un pouvoir spécial, à peine de désaveu (art. 352 Cod. de procéd.).

222. La remise de l'acte ou du jugement à l'huissier vaut aussi pouvoir pour toutes exécutions autres que la saisie immobilière et l'emprisonnement, pour lesquels il est besoin d'un pouvoir spécial (art. 556, *ibid.*).

Cette remise, comme nous l'avons dit au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, en traitant du paiement, tome XII, n° 50, vaut aussi pouvoir à l'huissier pour toucher le paiement; mais il n'en est pas de même, selon nous, de la remise d'un simple billet pour assigner le débiteur, quoique, du reste, cela soit controversé (1). Quant à la remise des pièces à un

(1) Voyez *ibid.*

avoué, on a toujours tenu pour principe qu'elle n'emporte pas pouvoir pour recevoir le paiement : elle vaut seulement pouvoir pour se constituer, poursuivre et obtenir jugement (1).

223. Au même endroit, n° 51, nous avons discuté le point de savoir si le pouvoir de vendre ou de louer emporte celui de recevoir le prix de vente, ou les loyers. Comme nous sommes entrés à cet égard dans certaines distinctions détaillées, nous croyons devoir renvoyer à l'endroit précité, pour éviter une répétition inutile.

224. L'acceptation du mandat a lieu de deux manières, expressément ou tacitement.

L'acceptation expresse résulte d'une déclaration faite par la personne à laquelle le mandat est donné, lors ou depuis le mandat, qu'elle accepte la commission, et qu'elle l'exécutera.

L'acceptation tacite résulte de l'exécution que cette personne donne au mandat (art. 1985).

Et l'exécution partielle est une acceptation suffisante, puisqu'elle démontre également la volonté du mandataire d'exécuter le mandat. Toutefois, si le mandataire, en exécutant partiellement, a témoigné sa volonté de n'exécuter le mandat que pour cette partie, il n'est pas obligé pour le sur-

---

(1) Voyez *ibid*, n° 49.

plus; mais alors il doit s'empresser d'avertir le mandant de cette circonstance, afin que celui-ci, qui a compté sur l'exécution totale du mandat, prenne ses mesures en conséquence. Il est cependant des cas où cet avertissement pourrait n'être pas nécessaire: par exemple, si vous me chargez de prêter mille francs à Paul, et que je ne puisse ou veuille lui prêter que cinq cent francs seulement, que je lui prête en effet, il n'y a pas nécessité pour moi, à peine d'être ensuite accusé de n'avoir pas parfaitement accompli le mandat, de vous avertir que je n'ai pu ou voulu compter que cinq cents francs à Paul.

Il peut arriver qu'il y ait acceptation tacite du mandat avant même toute exécution de la part du mandataire, et par le fait seul de la réception de la procuration; cela dépend des circonstances. Par exemple, ainsi que le dit Pothier (nº 32), si, sur le point de partir pour un voyage, je vais trouver un de mes amis pour le prier de vouloir bien se charger, en mon absence, de certaines affaires, que je lui explique, et que je lui remette à cet effet un acte de procuration, qu'il reçoit sans rien dire, la réception qu'il fait de cet acte est une preuve qu'il consent à se charger du mandat; car, s'il n'eût pas voulu s'en charger, il eût refusé la procuration.

Mais lorsqu'on a envoyé à quelqu'un une procuration par la poste, la rétention de cette procuration n'est pas une présomption aussi claire d'un

consentement à se charger de l'affaire, parce que cette rétention peut n'être que l'effet d'une négligence à renvoyer de suite la procuration, ou l'effet de quelqu'autre circonstance, par exemple le besoin de connaître certains faits, dont la personne voulait s'assurer avant de renvoyer la procuration ou l'accepter. Ce serait donc un point à apprécier par le juge, en cas de contestation relativement à l'inexécution du mandat. Pothier, d'après *Frankius, ad tit.* ff. *Mandati,* pense qu'il y a encore moins à présumer une acceptation du mandat, de ce que celui à qui l'on n'a point adressé une procuration en forme, mais une simple lettre, n'a pas répondu à cette lettre.

Mais le fait qu'un avoué ou un huissier à qui j'ai adressé des pièces ne me les a pas renvoyées, doit généralement faire présumer qu'il a accepté la mission de faire les actes que comportait la remise de ces pièces.

225. Le mandat, comme tout autre contrat, peut avoir lieu ou purement et simplement, ou sous condition: sous condition, par exemple, je vous charge de faire telle chose, si tel événement arrive.

226. Le mandat peut être donné *ex die* et *usquè ad diem : ex die,* par exemple, vous prendrez soin de mes affaires au commencement du mois prochain, lorsque je serai parti pour le voyage

que je me propose de faire; *ad diem*, vous gérerez mes affaires jusqu'au premier janvier suivant, époque à laquelle je pourrai les gérer moi-même, ou y pourvoirai d'une autre manière.

227. Le mandat est de deux sortes :

Il est *spécial* et pour une affaire ou certaines affaires seulement;

Ou *général* et pour toutes les affaires du mandant (art. 1987).

En sorte que le mandat donné pour vendre les biens que j'ai dans tel département, ou même pour vendre tous les biens que j'ai en France, est un mandat spécial; car il n'est pas donné pour *toutes mes affaires*, et je puis avoir des biens ailleurs qu'en France.

Il en faut dire autant du mandat donné pour suivre tous les procès que je puis avoir, car il ne s'étend pas à autre chose que mes procès.

228. Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988).

S'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quelqu'autre acte de propriété, le mandat doit être exprès (*ibid.*).

On a tranché par là la controverse élevée parmi les docteurs sur l'étendue du mandat général en Droit romain.

Suivant les uns, ce mandat était donné tantôt

comme un simple pouvoir d'administrer, et tantôt comme renfermant le pouvoir même d'aliéner, pourvu toutefois que ce ne fût pas à titre gratuit; et, dans ce dernier cas, ils qualifient le mandataire de *procurator cum liberâ administratione.*

Mais Vinnius, sur le § 42 aux Institutes de Justinien, tit. *de rerum divisione et earum acquir. domin.*, (1) rejette cette distinction, et démontre que celui à qui la simple administration des biens a été confiée n'avait pas le pouvoir d'aliéner, si ce n'est toutefois les denrées et autres choses sujettes à dépérissement; qu'il fallait, pour qu'il pût aliéner toute espèce de chose indistinctement, même à titre onéreux, par vente, échange ou transaction, un pouvoir exprès de la part du propriétaire. Il est inutile d'entrer dans cette controverse.

229. Au surplus, nonobstant la généralité des termes du Code, il ne faut pas douter que le mandataire général ne puisse très-bien vendre, et ainsi aliéner, les produits des récoltes, les marchandises et toute autre chose sujette à dépérissement ou à dépréciation; cela rentre dans les bornes de la simple administration, et voilà pourquoi un tuteur peut, en général, faire ces ventes

(1) Il traite la question avec étendue dans ses *Selectæ Quæstiones*, *lib.* 1, *cap.* 9.

sans avoir besoin pour cela de l'autorisation du conseil de famille.

Le mandataire général peut aussi passer ou renouveler des baux, pourvu qu'ils n'excèdent pas neuf ans ; car, dans cette limite, la loi regarde ces actes comme des actes de simple administration.

Il peut pareillement faire tous les actes conservatoires des droits du mandant, et par cela même recevoir le paiement de ce qui est dû à celui-ci, en conséquence, donner valable décharge, et poursuivre les débiteurs qui ne se libèrent pas aux échéances : ce sont là des actes conservatoires, et par cela même d'administration. On tenait jadis que le mandataire général peut valablement interrompre les prescriptions et intenter les actions possessoires ou y défendre. Il paie aussi valablement aux créanciers du mandant, et fait les traités nécessaires pour la conservation ou l'entretien des biens dont l'administration lui a été confiée.

Mais il ne faut pas conclure de ce qui vient d'être dit, que le simple pouvoir de toucher le montant d'une ou plusieurs créances, renferme le pouvoir de poursuivre les débiteurs qui ne se libèrent pas à l'échéance; il faudrait pour cela que le mandat s'en expliquât clairement. S'il en est autrement dans le cas d'un mandat général, c'est parce que les pouvoirs de celui qui est investi

d'un tel mandat sont bien plus étendus que ceux d'un simple mandat spécial.

230. Le mandataire général n'ayant pas, par le seul effet d'un tel mandat, le pouvoir d'aliéner, d'hypothéquer et de faire les actes de propriété, il faut tenir qu'il ne peut pas exercer les actions immobilières, ni y défendre, et encore moins y acquiescer, ni transiger, ni déférer ni prêter le serment, ni compromettre, ni faire des échanges de fonds, ni renoncer au bénéfice d'une prescription acquise, ni cautionner les tiers pour le mandant, etc., etc.; car ces actes ne sont pas des actes d'administration, mais bien de propriété.

231. Le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans le mandat, et le Code, par application de ce principe, décide que le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre (art. 1989). En effet, la confiance que j'ai dans les lumières et l'habileté de celui à qui je donne le pouvoir de transiger sur mon affaire, ne saurait exister dans tous les cas à l'égard de la personne qu'il choisirait, par un compromis, pour la décider à titre d'arbitre. Vainement on objecterait que si j'ai assez de confiance dans mon mandataire pour transiger, je dois aussi avoir en lui la même confiance quant au choix qu'il ferait d'un arbitre; car il n'y a

point parité : un homme très-versé dans la connaissance des affaires, et par conséquent très-apte à transiger sur la contestation que j'ai avec un tiers, pourrait fort bien se tromper dans le choix qu'il ferait d'un arbitre, et c'est à sa prudence et à ses lumières que je m'en suis rapporté, et non à celles d'une autre personne, que je ne connaîtrais peut-être pas, et que lui ne connaîtrait peut-être pas assez bien.

232. De ce que le mandataire ne peut rien faire au-delà de ce qui est porté dans le mandat, il suit de là que s'il fait autre chose que ce qui lui a été prescrit, le mandant n'est pas obligé, ni envers lui, ni envers le tiers avec lequel il a traité. Par exemple, si j'ai donné à Paul mandat de m'acheter telle maison, et qu'il ait acheté pour moi une autre maison, je ne suis obligé ni envers Paul, mandataire, ni envers le tiers vendeur, quand bien même la maison achetée vaudrait autant et plus que celle que j'avais dit d'acheter, et qu'elle me conviendrait tout aussi bien sous tous les rapports (1). Non-seulement dans ce cas le mandataire a fait quelque chose au-delà de son mandat, mais de plus, il n'a point du tout exécuté ce mandat : en sorte que, indépendamment du droit que j'ai incontestablement de laisser pour son compte la

(1) L. 5, § 2, ff. *Mandati.*

maison qu'il a achetée, j'ai action contre lui pour n'avoir pas acheté celle que je lui avais désignée, si toutefois cela lui a été possible. Et le tiers vendeur ne peut pas avoir d'action contre moi, puisque je n'avais pas donné pouvoir de traiter avec lui, et qu'il a dû s'en assurer en exigeant la représentation de la procuration.

Mais en ce cas, a-t-il action contre le mandataire? Cela dépend de la circonstance que celui-ci lui a ou non donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs : dans la première hypothèse, le tiers n'a pas d'action, à moins que le mandataire ne se soit porté fort de me faire approuver la vente, ou rendu garant de quelqu'autre manière; dans la seconde hypothèse, le vendeur a action, quand bien même le mandataire aurait déclaré traiter pour moi, en mon nom, en vertu de mon mandat, et qu'il ne se serait en aucune façon porté fort de me faire agréer l'opération. (art. 1119, 1120 et 1997 analysés et combinés).

233. Mais *quid* si c'est bien la même chose que celle que j'avais chargé le mandataire d'acheter, qui a été achetée, mais qui l'a été pour un prix différent de celui que j'avais déterminé dans le mandat?

Si c'est pour un prix inférieur, par exemple, pour 15,000 fr., quand j'avais donné commission d'acheter moyennant 20,000 fr., il n'y a pas de difficulté, l'objet doit m'être remis au prix

coûtant ; le mandataire ne doit point profiter du bon marché ; car le mandat portait virtuellement la condition d'acheter à meilleur marché, s'il était possible ; la fixation du prix était seulement une limite qui ne devait pas être dépassée (1). Et il est bien clair, dans cette hypothèse, que, si le mandataire a acheté la maison en mon nom, il ne peut pas plus la retenir pour lui, sous le prétexte que je ne veux pas lui faire raison du prix que j'avais déterminé dans le mandat, que je ne pourrais moi-même la lui laisser pour son compte.

234. Mais il y a plus de difficulté, dans la même espèce, lorsqu'il a acheté en son nom, et non comme mon mandataire : dans ce cas, on peut dire qu'il a abandonné le mandat, et qu'il est seulement passsible de dommages-intérêts pour ne l'avoir pas exécuté ; or, ces dommages-intérêts ne peuvent consister que dans une somme d'argent, et leur montant n'est même pas nécessairement de la différence qu'il y a entre le prix qui avait été déterminé dans le mandat, et celui pour lequel le mandataire a acheté, mais bien simplement en raison du préjudice réel éprouvé par moi mandant, par suite de l'inexécution du mandat ; ce qui peut être au-dessous comme au-dessus de cette différence. Mais quant à la chose achetée, je ne puisforcer le mandataire à me la remettre ;

---

(1) § 8, Instit. *de Mandato.*

car elle ne m'a jamais appartenu, n'ayant pas été achetée pour moi, en mon nom.

235. Supposons maintenant le cas inverse, celui où le mandataire a acheté à un prix supérieur à celui qui lui avait été fixé par le mandat, par exemple, le cas où il a acheté moyennant 25,000 fr., un fonds que le mandant avait dit de lui acheter pour 20,000 fr. au plus.

D'abord, il est clair que le mandant ne peut pas être obligé de recevoir l'objet pour plus de 20,000 fr.

En Droit romain, où, comme nous l'avons dit plus d'une fois, le mandataire traitait en son nom, et par conséquent n'avait pas besoin de donner au tiers avec lequel il traitait, connaissance de ses pouvoirs, la question n'avait d'intérêt qu'entre le mandant et le mandataire; et elle consistait à savoir, non pas si le mandataire pouvait obliger le mandant à recevoir la chose au prix coûtant, car évidemment il ne le pouvait pas; mais s'il pouvait l'obliger à la recevoir moyennant le prix fixé par le mandat, en perdant, lui mandataire, l'excédant. Des jurisconsultes, comme on peut le voir dans la loi 3, § 2, ff. *Mandati*, niaient que le mandataire eût ce droit, attendu, disaient-ils, qu'il était inique qu'il pût avoir action contre le mandant, pour lui faire prendre la chose au prix fixé par le mandat, tandis que le mandant n'aurait pas action contre lui pour

se la faire remettre à ce prix. Mais cette opinion n'avait pas prévalu. Gaius, dans la loi suivante, dit : *Sed Proculus rectè eum* (*procuratorem*) *usquè ad pretium statutum acturum existimat. Quæ sententia sanè benignior est.* Justinien a adopté ce dernier sentiment, dans ses Institutes, § 8, *de Mandato.* En effet, le mandant n'a point à se plaindre ; son but étant d'avoir la chose à ce prix quand il a donné le mandat, ce but se trouve parfaitement atteint, dès que le mandataire la lui remet pour ce même prix.

236. Quoique, dans notre Droit, il soit d'usage que le mandataire traite au nom du mandant, néanmoins nous avons vu plus haut qu'il peut arriver, et même qu'il arrive souvent, qu'il traite en son propre nom. Nous allons raisonner d'abord dans cette supposition quant à la question qui nous occupe. Dans ce cas, nul doute que le mandataire ne puisse aussi obliger le mandant à recevoir la chose au prix fixé par le mandat ; mais le mandant n'aurait pas pour cela le droit de l'exiger, même au prix coûtant, puisqu'elle n'a pas été achetée en son nom. C'est le mandataire, et non lui, qui en est devenu propriétaire. Il ne peut donc être question que de dommages-intérêts, pour inexécution du mandat. Or, s'il résulte des faits de la cause, que le mandataire n'a pu avoir la chose au prix fixé par le mandat, par exemple, parce qu'un tiers en offrait

un prix supérieur au vendeur, on ne peut pas dire que l'inexécution du mandat provient de la faute du mandataire, et par conséquent il ne peut pas y avoir lieu à prononcer des dommages-intérêts contre lui. Mais si, au contraire, des faits de la cause il résultait que le mandataire n'a acheté la chose en son nom, et à un prix supérieur à celui qui avait été fixé dans le mandat, que dans la vue de s'attribuer un bénéfice qui devait être pour le mandant; si, de ces circonstances, disons-nous, il résultait qu'il aurait pu avoir la chose au prix fixé par le mandat, nul doute qu'il ne dût être condamné à des dommages-intérêts envers le mandant.

237. Au contraire, le mandataire a acheté au nom du mandant, et toujours à un prix supérieur à celui qui avait été fixé par ce dernier. Ici la question devient complexe, et elle demande une distinction.

Si le mandataire, dans l'espèce, n'a pas donné au vendeur une connaissance suffisante de ses pouvoirs, il est obligé envers lui pour ce qui a été fait au-delà, quand même il ne se serait pas porté fort de faire ratifier le mandant : en sorte que, dans ce cas, la question n'a encore d'intérêt que dans les rapports du mandant et du mandataire. Or, dans cette espèce, la chose a été acquise au mandant, et non au mandataire, qui n'a été pour lui qu'un instrument; elle doit donc lui être remise. Mais doit-elle nécessairement

l'être pour le prix fixé par le mandat? oui, s'il était démontré que le mandataire a pu l'avoir à ce prix. Dans le cas contraire, il serait bien difficile de décider que le mandataire doit supporter la perte de la différence entre le prix fixé dans le mandat et le prix de vente, quand la chose vaudrait plus que la somme fixée par le mandat, et que les circonstances dans lesquelles le mandataire a traité démontreraient qu'il a agi avec bonne intention et pour ne pas laisser échapper l'occasion d'acheter une chose qui convenait au mandant. Dans ce cas, le mandant devrait donc, ou prendre la chose pour le prix qu'elle a coûté, ou la laisser pour le compte du mandataire; sauf, s'il y avait lieu, à condamner celui-ci à des dommages-intérêts, pour voir dépassé les bornes du mandat; car, ce serait là une question de faute.

Il faut en dire autant, et avec la même distinction, du cas où le mandataire qui a acheté à un prix supérieur à celui qui lui avait été fixé, et au nom du mandant, a donné au tiers vendeur connaissance suffisante de ses pouvoirs, s'il s'est porté fort de faire ratifier le mandant pour ce qui a été fait au-delà.

Si, dans l'un et l'autre cas, la chose n'a pas été livrée par le vendeur, le mandant ne peut se la faire délivrer par lui qu'à la charge de remplir toutes les conditions de la vente, par conséquent à la charge de payer le prix pour lequel elle a été vendue, et aux époques fixées par le contrat. Mais, suivant les distinctions ci-dessus, il peut

avoir action en dommages-intérêts contre le mandataire.

Enfin, si le mandataire qui a traité au nom du mandant, a donné une connaissance suffisante de ses pouvoirs au vendeur, et ne s'est point porté fort de faire ratifier le mandant, ce qu'il a fait au-delà de ses pouvoirs, en achetant à un prix supérieur à celui qui avait été fixé par le mandat, n'est point obligatoire pour lui, ni envers le tiers ni envers le mandant. Celui-ci ne peut pas exiger qu'il lui procure la chose moyennant le prix qu'il avait fixé ; car le mandataire n'ayant pas pu l'avoir à ce prix, c'est comme s'il n'avait pas pu exécuter le mandat; sauf le cas de fraude ou de connivence de ce dernier avec le vendeur, cas dans lequel il y aurait lieu aux dommages-intérêts, comme dans tous les autres cas où le mandat n'a point été exécuté ou l'a mal été par suite de la même cause. Le mandant ne pourrait pas non plus forcer le vendeur à lui remettre la chose pour le prix qui avait été fixé dans le mandat, attendu que ce dernier ne l'a pas vendue à ce prix, mais bien moyennant celui qui a été fixé par le contrat de vente ; or, pour qu'il y ait vente efficace, il faut que le vendeur, aussi bien que l'acheteur, soit d'accord sur le prix comme sur la chose. Les seules questions qui puissent s'élever en pareil cas, sont celle de savoir si le mandant peut obliger le vendeur à lui remettre la chose moyennant le prix de vente, et si le vendeur

peut obliger le mandant à la prendre moyennant le prix fixé par le mandat? La raison de douter se tire de ce que, sur le premier point, le vendeur ne pourrait forcer le mandant à prendre la chose moyennant le prix de vente; et, sur le second, le mandant ne pourrait obliger le vendeur à la lui livrer moyennant le prix fixé dans le mandat; or, d'après le principe que la réciprocité de droit et d'action doit exister dans les contrats synallagmatiques, il semblerait que l'une et l'autre question doit être résolue par la négative. C'est bien, comme on vient de le voir, la raison qui avait déterminé plusieurs jurisconsultes romains à décider que le mandataire qui avait acheté à un prix supérieur à celui qui lui avait été fixé, ne pouvait obliger le mandant à recevoir la chose même à ce dernier prix. Mais la raison de décider, et qui a fait rejeter cette opinion, c'est que le mandant est sans intérêt à se plaindre dès qu'on lui abandonne la chose pour le prix qu'il avait fixé lui-même; le vendeur aussi est sans intérêt à se plaindre dès que le mandant lui offre le prix porté au contrat de vente. Le mandant ratifie par cela même ce qui avait été fait au-delà du mandat, et il est de principe que *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Voyons maintenant quelles sont les obligations résultant du contrat de mandat. Il y a, comme nous l'avons dit, celles du mandataire envers le mandant, et celles du mandant envers le mandataire. Ce sera l'objet des deux chapitres suivans.

CHAPITRE II.

Des obligations du mandataire.

SOMMAIRE.

238. *Enoncé des obligations principales du mandataire.*
239. *Sa responsabilité pour n'avoir pas exécuté le mandat, pouvant le faire.*
240. *Explication de la disposition du Code à cet égard.*
241. *L'inexécution du mandat pour partie peut aussi donner lieu aux dommages-intérêts contre le mandataire.*
242. *Il répond de son dol dans tous les cas : divers exemples.*
243. *Il répond aussi de ses fautes : théorie générale sur ce point.*
244. Quid *s'il a procuré des bénéfices en certaines affaires et causé des pertes dans d'autres?*
245. *Il doit rendre compte de sa gestion et de tout ce qu'il a reçu en vertu du mandat : conséquence.*
246. *De quand les intérêts commencent à courir contre lui.*
247. *Outre les intérêts, il pourrait, en certains cas, devoir aussi des dommages-intérêts.*
248. *Si la mise en demeure du mandataire, et à partir de laquelle les intérêts courent contre lui, s'entend d'une demande en justice, ou de toute mise en demeure quelconque en conformité de l'article* 1139.
249. *Disposition de la loi du* 28 *avril* 1832 (*modificative du Code pénal actuel*) *applicable au mandataire infidèle.*
250. *Le mandataire peut se substituer quelqu'un dans sa gestion, si cela ne lui a pas été interdit par le mandant; ses obligations relativement à la gestion du substitué; distinctions à faire.*

238. Les obligations du mandataire sont :

1° De gérer l'affaire dont il s'est chargé;

2° D'y apporter les soins d'un bon père de famille;

3° De rendre compte de sa gestion.

239. Le mandat pouvait être refusé par le mandataire, mais une fois que celui-ci l'a ac-

cepté, il doit le remplir : *contractus ineundi sunt voluntatis, sed initi sunt necessitatis.* Le mandant a compté sur la promesse du mandataire, et la foi qu'il a eue en lui ne doit pas être trompée. Aussi « le mandataire est-il *tenu* d'accomplir le « mandat tant qu'il en demeure chargé, et il ré- « pond des dommages-intérêts qui pourraient « résulter de son inexécution (art. 1991); » sauf toutefois les cas où il aurait une juste cause d'excuse de ne l'avoir pas rempli, telle qu'une maladie, qui l'en aurait empêché; car le mandat est un contrat de bienfaisance, et par conséquent il ne doit pas tourner au préjudice de celui qui a voulu rendre un service : *nemini beneficium suum damnosum esse debet.*

Et quoique le mandat finisse par la mort de celui qui l'a donné, néanmoins le mandataire est *tenu* d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure (*ibid.*); ce qui s'estimerait, en cas de contestation, d'après les circonstances du fait.

240. Mais remarquez bien que le Code ne dit pas d'une manière absolue que le mandataire répond des dommages-intérêts pour n'avoir pas exécuté le mandat; il dit que le mandataire répond des dommages-intérêts *qui pourraient résulter de l'inexécution du mandat*, ce qui est bien différent; car, si cette inexécution n'a causé aucun préjudice au mandant, il ne peut y avoir

lieu à condamner le mandataire à des dommages-intérêts, puisque les dommages-intérêts ne sont rien autre chose que la compensation de la perte éprouvée et du gain qu'on aurait pu faire (article 1149). Or, dans une foule de cas, l'inexécution du mandat, en la supposant même volontaire de la part du mandataire, peut ne causer aucun préjudice au mandant. Par exemple, si j'ai été chargé d'acheter une maison, que j'ai négligé d'acheter, et que le mandant l'ait achetée lui-même, ou qu'un autre l'ait achetée pour lui à des conditions pas plus onéreuses que celles qui m'avaient été fixées, il est clair, dans ces cas, que le mandant n'a éprouvé aucun préjudice résultant de l'inexécution du mandat qu'il m'avait donné, et par conséquent qu'il n'a contre moi aucune action en dommages-intérêts (1).

De même, si cette maison que j'ai négligé d'acheter est venue à brûler par cas fortuit peu de temps après l'époque où j'aurais pu l'acheter, je ne dois non plus aucun dommages-intérêts, puisque, par le fait, je n'ai causé aucun préjudice au mandant, loin de là.

Il en est de même si une personne d'une ville éloignée m'envoie une procuration pour poursuivre un de ses débiteurs, habitant du lieu où

---

(1) L. 8, § 2, ff. *Mandati.*

je demeure, et dont elle ignore l'insolvabilité, je ne serai pas responsable pour n'avoir pas fait des poursuites qui auraient été en pure perte.

Et je ne le serai pas davantage, par le même motif, si, m'étant chargé de renouveler une inscription hypothécaire qui était sur le point de se périmer, j'ai négligé de le faire, lorsque, quand bien même je l'aurais fait, le mandant n'eût rien touché du prix de l'immeuble, qui a été vendu, parce que des créanciers antérieurs en ordre d'hypothèque l'ont entièrement absorbé. Mais si le mandant eût pu en toucher quelque chose, je serais passible de dommages-intérêts envers lui pour une somme égale à celle qu'il aurait touchée, si c'était par ma faute que l'inscription n'eût pas été renouvelée, et qu'ainsi le mandat fût resté sans exécution. En un mot, il faut toujours en revenir au principe établi dans la loi 8, § 6 ff. à ce titre, savoir, que l'action du mandant contre le mandataire, à raison de l'inexécution du mandat, ne peut jamais s'étendre au-delà du préjudice souffert par le mandant; ce qui comprend toutefois non-seulement la perte réelle éprouvée par celui-ci, mais aussi le gain qu'il aurait pu faire dans l'opération, si elle avait eu lieu.

241. Le mandataire ne répond pas seulement de l'inexécution totale du mandat, quand c'est par sa faute qu'elle a eu lieu, et qu'elle a causé

du préjudice au mandant, il répond aussi, dans le même cas, de l'inexécution en certaines parties : de là Dioclétien et Maximien, dans la loi 11 au Code, à ce titre : *Procuratorem non tantùm pro his quæ gessit, sed etiam* PRO HIS QUÆ GERENDA SUSCEPIT, *et tàm propter exactam ex mandato pecuniam, quàm* NON EXACTAM, *tàm dolum quàm culpam, sumptuum ratione bonâ fide habitâ, prestare necesse est.* En conséquence, si j'ai donné mandat à quelqu'un de toucher pour moi de mon débiteur une certaine somme qui avait produit des intérêts, en lui remettant le titre de la créance, et qu'il ait simplement reçu le capital et donné décharge pure et simple, ou, ce qui revient au même, remis le titre au débiteur, il est responsable envers moi des intérêts que je pouvais exiger, et que je ne puis maintenant réclamer de ce dernier (art. 1908); à moins toutefois qu'il n'y eût quelque faute de ma part, pour ne m'être pas suffisamment expliqué dans le mandat au sujet de ces intérêts, que diverses circonstances du fait auraient pu faire croire au mandataire m'avoir été payés.

Par la même raison, si je donne à quelqu'un mandat de toucher pour moi certaines créances et de poursuivre les débiteurs, s'ils ne se libèrent pas, et que, par faveur pour quelques-uns d'entre eux, ou par négligence, le mandataire les laisse sans les poursuivre, et que ceux-ci deviennent ensuite insolvables en tout ou partie,

il est responsable envers moi de tout le préjudice que m'a causé l'inexécution du mandat en ce qui les concernait.

242. Le mandataire répond, dans tous les cas, de son dol (art. 1992), soit dans ce qu'il n'a pas exécuté, et par mauvaise foi, soit dans ce qu'il a fait frauduleusement.

On peut donner pour exemple du premier cas, celui où j'ai chargé quelqu'un, qui a accepté la commission, de m'acheter tel fonds, qui était en vente, soit moyennant tel prix, soit sans fixer positivement la somme que j'y voulais mettre, et que ce mandataire, par connivence avec un tiers, de qui il a reçu par-dessous main certaine chose, ou même simplement qu'il a voulu favoriser à mon préjudice, n'a pas fait les démarches nécessaires pour acheter ce fonds, qui a été vendu au tiers.

On peut donner pour exemple du second cas, celui où, dans l'espèce ci-dessus, le mandataire, pour favoriser le vendeur du fonds, qu'il a acheté pour moi, lui en a donné un prix supérieur à celui pour lequel ce propriétaire abandonnait ce fonds à d'autres personnes dans le même temps.

En prouvant ces faits, je pourrai obtenir du mandataire des dommages-intérêts, pour la réparation du préjudice qu'il m'a causé.

243. Le mandataire n'est pas seulement res-

ponsable de son dol, il l'est aussi des fautes qu'il commet dans sa gestion (art. 1992).

A cet égard on peut dire que le mandataire est responsable, en général, de toutes les fautes qu'un bon père de famille n'aurait pas commises dans la gestion de ses propres affaires, ou de celles d'autrui. Mais nous ne pensons néanmoins pas que, sous le Code, la responsabilité des fautes doive s'appliquer aussi rigoureusement qu'en Droit romain au mandataire qui ne reçoit pas de salaire.

En effet, après avoir dit d'une manière générale que le mandataire répond *des fautes* qu'il commet dans sa gestion, notre article 1992 ajoute de suite : « Néanmoins la responsabilité relative « aux fautes est appliquée moins rigoureusement « à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire; » disposition tout-à-fait raisonnable, et qui est parfaitement dans l'esprit de la décision du jurisconsulte Ulpien, dans la loi 5, § 2, ff. *Commodati*, où il dit que, lorsque le contrat est dans l'intérêt des deux parties, elles répondent l'une et l'autre de la faute moyenne, et que lorsqu'il est dans l'intérêt de l'une des parties seulement, cette partie répond bien de toute espèce de faute, mais que l'autre ne répond que de ses fautes graves. A la vérité, cette règle recevait exception en matière de mandat : le mandataire, suivant l'interprétation commune des docteurs, sur les LL. 13 et 21 au Code, *Mandati*, répondait de toute espèce de faute, par con-

séquent des fautes mêmes très-légères, parce que, disait-on, celui qui se charge d'une affaire doit consulter ses forces avant de s'en charger; il est censé promettre d'y apporter tous les soins et toute l'habileté que cette affaire demande pour être bien conduite : d'où l'on concluait que, quand bien même un mandataire aurait commis, dans une affaire qui le concernait personnellement, une faute même plus grave que celle qu'il avait commise dans l'affaire du mandant, cela ne lui servait pas d'excuse comme à un dépositaire (1), et même comme à un associé (2).

Mais le Code, évidemment, s'est éloigné de ces principes rigoureux; car si, dans tel cas donné, le mandataire doit répondre de sa faute, *parce qu'il reçoit un salaire*, il est bien clair qu'il n'en devrait pas répondre si le mandat était gratuit, autrement la circonstance qu'il y a un salaire serait absolument indifférente, et cependant les rédacteurs du Code veulent qu'on y ait égard : d'où il faut conclure, ainsi que nous l'avons dit souvent dans cet ouvrage (3), que, même sous le Code, il y a des degrés dans les fautes, ou, si l'on veut, des cas où le juge doit y avoir égard, et des cas où il n'en doit pas faire la base d'une condamnation à des dommages-intérêts.

---

(1) § 3, Instit. *Quib. mod. re obl. contrah.*

(2) § 9, Instit. *de Societate.*

(3) Voyez surtout tome x, n° 397 et suivans.

Objecterait-on que c'est seulement par rapport au *quantùm* des dommages-intérêts que le juge, en matière de mandat, doit avoir égard à la circonstance que le mandat est ou non avec salaire, et que le mandataire n'est pas moins, comme en Droit romain, responsable de toute espèce de faute qu'il a pu commettre dans l'exécution du mandat? Nous ne saurions admettre cette interprétation; car de deux choses l'une : ou le mandataire doit répondre de la faute qui lui est reprochée, ou il n'en doit pas répondre; dans le premier cas, le juge, pour fixer le montant des dommages-intérêts n'a plus qu'à considérer le préjudice souffert; dans le second cas, il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts. Tel n'est donc pas le sens de notre disposition : elle signifie simplement que le juge peut très-licitement déclarer non responsable pour telle faute, le mandataire dont le mandat est gratuit, tandis qu'il aurait pu le condamner pour la même faute, si le mandat eût été avec salaire. Supposez qu'un héritier bénéficiaire ait commis, dans son administration, une faute *grave*, comme dit l'article 804, il sera responsable, envers les créanciers et les légataires, de tout le préjudice que cette faute leur aura causé, ni plus ni moins (art. 1149) ; mais si le juge du fait estime que la faute n'est pas *grave*, il l'absoudra; et puisque le Code reconnaît qu'il y a des fautes *graves*, il reconnaît par cela même qu'il peut y en avoir qui n'ont pas ce caractère,

qu'il y en a de plusieurs sortes : ce qui est encore confirmé par l'article 1928-4°.

En résumé, nous pensons que le mandataire qui reçoit un salaire doit répondre, dans notre Droit, de sa faute même légère, et appréciée dans le sens abstrait, c'est-à-dire abstraction faite du plus ou moins de diligence qu'il a mis dans la conduite de ses propres affaires, semblables ou non à celle qui lui avait été confiée; de la faute légère appréciée par rapport à la diligence ordinaire des bons pères de famille bien réglés, comme dans les contrats intéressés de part et d'autre, tels que la vente et le louage : de sorte qu'il ne s'excuserait pas en alléguant sa négligence dans ses propres affaires; mais qu'il n'est pas responsable d'une faute très-légère, d'une faute qu'aurait pu commettre un père de famille d'une diligence ordinaire, car un vendeur, un locateur ou un locataire et un associé, ne seraient généralement pas tenus d'une faute de cette nature. Que si le mandat est gratuit, le mandataire répond aussi de la faute légère, mais appréciée dans le sens *concret*, c'est-à-dire qu'il serait excusable s'il avait apporté à la conduite de l'affaire qui lui a été confiée, autant de soins qu'à ses propres affaires, quand bien même un autre père de famille plus soigneux ou plus intelligent aurait montré plus de soins et d'habileté dans l'exécution du mandat; que, par conséquent, il ne serait point responsable de ces fautes qu'on appelle,

dans la doctrine, fautes très-légères. Mais dans tous les cas, soit que le mandat fût gratuit ou avec salaire, le mandataire répond des fautes *graves*, et jamais des cas fortuits, à moins qu'ils n'eussent été causés par une de ces fautes dont le mandataire devrait répondre.

Au surplus, nous reconnaîtrons volontiers qu'il est impossible de tracer des règles rigoureusement précises touchant la responsabilité des fautes ; on a entendu, en cette matière, laisser beaucoup à la prudence et à la sagesse du magistrat, qui doit se décider suivant la nature de l'affaire et les circonstances du fait.

244. *Quid* si le mandataire a procuré des bénéfices en certaines affaires, mais qu'il ait causé des pertes par sa faute en quelques autres? Dans le cas de gestion des affaires d'autrui sans mandat, le jurisconsulte Pomponius dit, dans la L. 11, ff. *de Negotiis gestis*, que si le gérant a procuré des bénéfices en certaines opérations, et causé de la perte dans d'autres, le propriétaire doit compenser le gain avec la perte, (du moins jusqu'à due concurrence). Mais en matière de société, les LL. 25 et 26 ff. *Pro socio*, dont le principe a été adopté par les rédacteurs du Code (art. 1850), n'admettent pas cette compensation. La raison qu'on peut en donner, c'est qu'il n'y a compensation que là où il y a créance et dette tout à la fois; or, l'associé ne peut se dire créancier de la société,

ou de ses co-associés, à raison des bénéfices qu'il a procurés en certaines affaires de sa gestion, puisque c'était son devoir de les procurer, si cela lui était possible, tandis qu'il ne devait causer aucun préjudice. Au lieu qu'en matière de gestion d'affaires, on ne peut pas dire que le gérant était tenu de procurer des bénéfices au maître, seulement il ne devait lui causer aucune perte; or, s'il a procuré des bénéfices en certaines opérations, et causé des pertes en quelques autres, il est assez conforme à l'équité qu'il se fasse compensation, jusqu'à due concurrence, et que la gestion soit ainsi prise dans son ensemble. Mais comme le mandat, ainsi que la société, est un contrat; que le mandataire s'était obligé à procurer les bénéfices qu'il pourrait procurer, et à ne point commettre de fautes, il faut appliquer le principe qui a prévalu en matière de société, sauf à le modifier en raison des circonstances de la cause, et surtout en raison de ce que le mandat serait gratuit.

245. Tout mandataire est obligé de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût pas été dû au mandant (art. 1993).

Et en effet, dès qu'il a reçu en vertu du mandat, pour le mandant, il n'a pas à examiner si la chose était due ou non; ce n'est pas lui, mais bien le mandant, qui peut être poursuivi en resti-

tution, par conséquent il doit donc lui faire raison de ce qu'il a reçu, quoiqu'il fût clairement démontré que la somme ou la chose payée n'était pas due. Ajoutez que si le tiers n'exerçait pas l'action en répétition, le mandat, qui est gratuit de sa nature, serait par le fait la cause d'un gain pour le mandataire, si celui-ci n'était pas obligé de faire raison de ce qu'il a reçu au mandant.

246. La bonne foi qui doit présider essentiellement à l'exécution du contrat de mandat ne permet pas au mandataire de faire servir à son propre usage les deniers du mandant, sans la permission de celui-ci : en conséquence, « il doit, de « plein droit, les intérêts des sommes qu'il a em- « ployées à son usage, à dater de cet emploi; « mais quant à celles dont il est simplement reli- « quataire, il n'en doit l'intérêt qu'à compter du « jour où il a été mis en demeure de rendre son « compte (art. 1996). »

Comme la mauvaise foi ne se présume pas, et que d'ailleurs le mandant serait demandeur, ce serait à lui, s'il réclamait des intérêts pour emploi fait par le mandataire de deniers pour son usage, à prouver cet emploi, ainsi que l'époque à laquelle il prétendrait qu'il a eu lieu. Cette preuve ne sera pas toujours facile, mais elle n'en doit pas moins être faite dans tous les cas où le mandataire n'avouerait pas qu'il a employé les deniers à son usage.

247. Indépendamment de ces intérêts, le mandataire, en certains cas, pourrait être condamné à des dommages-intérêts envers le mandant. Par exemple, si j'ai chargé quelqu'un, en lui remettant la somme nécessaire, de payer pour moi telle dette; qu'au lieu de la payer, il ait employé la somme à son propre usage, et que mon créancier m'ait fait des frais, le mandataire, incontestablement, me devra, outre les intérêts de la somme que je lui ai remise, et à partir du jour où il l'a employée à son propre usage, des dommages-intérêts pour les frais que j'ai essuyés. D'ailleurs, comme j'aurai moi-même été tenu de payer des intérêts à mon créancier, à raison de ma mise en demeure, ceux qui me seront payés par le mandataire, indépendamment des dommages-intérêts, ne le seront pas *sine causâ.* L'article 1153, qui veut que, dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts ne consistent jamais que dans les intérêts fixés par la loi, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement (1), et que ces intérêts ne soient dus que du jour de la demande en justice, sauf les cas où la loi les fait courir de plein droit; cet article, disons-nous, n'est point applicable ici, car l'obligation du mandataire ne *se bornait* pas à une certaine somme, elle était de *faire* quelque chose.

---

(1) Et à la société (art. 1846).

Et, dans l'espèce, le mandataire sera censé avoir employé mes deniers à son propre usage à compter du jour où il devait les payer à mon créancier : cela sera surtout particulièrement vrai si l'on s'est présenté chez lui, d'après mon avis, pour toucher le paiement, et qu'il ait refusé de le faire par des motifs non fondés.

248. La mise en demeure de payer le reliquat que peut devoir le mandataire, et à partir de laquelle notre article 1996 fait courir les intérêts, est-elle seulement une demande en justice, ou bien si une simple sommation extrajudiciaire suffit pour cela? Si l'on s'attachait à l'article 1153, il faudrait une demande en justice, car l'obligation du mandataire n'est plus maintenant que de payer une somme; mais notre article se borne à exiger une *mise en demeure;* or, suivant l'article 1139, le débiteur est aussi bien constitué en demeure par une simple sommation ou autre acte équivalent, que par une demande judiciaire. Ajoutez que, dans des cas qui ne sont pas plus favorables que celui-ci, le Code se contente d'une simple sommation pour faire courir les intérêts : c'est ainsi notamment que, d'après l'article 1652, l'acheteur doit les intérêts du prix de vente, s'il a été *sommé de payer;* que suivant l'article 474, les intérêts de ce qui est dû au tuteur par le mineur, courent du jour de la *sommation de payer* qui a suivi la clôture du compte de tutelle : ce qui

prouve bien que l'article 1153 n'est pas tellement absolu, qu'il ne reçoive quelque limitation en certains cas, car dans ceux que nous venons de citer la loi ne fait pas courir les intérêts de *plein droit*, et néanmoins elle n'exige pas, pour qu'ils courent, une demande en justice. La sommation de payer le reliquat, non suivie d'effet, doit être assimilée à l'emploi que le mandataire a fait, pour son propre usage, des deniers du mandant, elle en est même la preuve, du moins généralement.

249. Avant la loi du 28 avril 1832, modificative du Code pénal actuel, le mandataire infidèle non salarié, ne pouvait être assimilé au dépositaire coupable d'abus de confiance; en conséquence il ne pouvait être poursuivi correctionnellement en restitution de sommes recouvrées pour le mandant, quoiqu'il les eût détournées à son profit (1). Mais cette loi a assimilé le mandataire non salarié au mandataire salarié, ou au dépositaire, et les peines portées par l'article 408 du Code pénal, pour abus de confiance, sont applicables à l'un comme à l'autre.

Et l'on doit le décider ainsi non seulement dans le cas où ce sont les choses remises directement par le mandant au mandataire que celui-ci a dissi-

---

(1) Voyez l'arrêt de cassation du 16 janvier 1808; Sirey, 1808-1-223; et celui du 20 mai 1814; Sirey, 1814-1-149.

pées ou détournées à son profit, mais encore dans le cas où ce sont des deniers ou autres objets que les tiers débiteurs du mandant ont payés ou livrés au mandataire; car celui-ci les ayant reçus pour le mandant, en exécution du mandat, pour les rendre ou représenter au mandant, il est pareillement dans le cas littéralement prévu par cet article. C'est bien réellement au préjudice du mandant qu'il les a détournées ou dissipées, puisque les tiers débiteurs du mandant sont libérés envers lui par le paiement qu'ils ont fait au mandataire.

250. En principe, rien ne s'oppose à ce que le mandataire charge une autre personne de la commission dont il s'est chargé lui-même, si ce pouvoir ne lui a pas été interdit par le mandat ou depuis; mais, à cet égard, il faut distinguer :

Ou le pouvoir est muet sur ce point;

Ou il autorise le mandataire à se substituer quelqu'un, avec indication, ou sans indication de personne.

Dans le premier cas, le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion (art. 1994); car c'est son propre mandataire, plus encore que celui du mandant; et, suivant notre opinion, il pourrait être responsable, envers ce dernier, de telle faute du substitué, dont celui-ci pourrait être excusé à son égard, soit parce qu'il recevrait un salaire, tandis que le substitué

n'en recevrait pas, soit parce que dans le choix du mandataire, le mandant aurait eu particulièrement égard à son habileté dans le genre d'opérations dont il le chargeait, tandis que le substitué n'offrait pas la garantie d'une même habileté; ce qui a été une faute de la part du mandataire de le choisir pour se le substituer.

Dans le second cas, si le pouvoir désigne la personne, le mandataire n'est point responsable de la gestion de celle-ci, à moins toutefois que, depuis le mandat, il ne soit survenu en cette personne certaines causes d'empêchement dont le mandant n'aurait pas eu connaissance, et que le mandataire aurait connues et dont il n'aurait pas averti le mandant avant de se substituer le tiers; car, en ce cas, la bonne foi voudrait qu'il fût responsable de la mauvaise gestion de celui-ci, ou de l'inexécution du mandat.

Si le pouvoir de se substituer quelqu'un a été conféré au mandataire sans désignation d'une personne, le mandataire n'est responsable de la gestion du substitué qu'autant que la personne dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable (même art. 1994).

251. Dans tous les cas, le mandant peut agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (*ibid.*). Il n'a pas pour cela besoin d'invoquer le principe général de l'article 1166, portant que les créanciers peuvent exercer

au nom de leur débiteur les droits et actions qui compètent à celui-ci, à l'exception toutefois des droits qui sont exclusivement attachés à la personne. C'est au contraire en *son nom*, et directement, que le mandant pourra agir contre le substitué; en sorte que le produit de l'action ne sera pas censé appartenir au mandataire, pour être, à ce titre, distribué entre tous les créanciers de ce dernier, le mandant compris, et au marc le franc; il appartient, au contraire, en totalité au mandant, comme provenant directement de sa chose, et non de celle du mandataire. Nous avons déjà vu plusieurs exemples de ces actions directes contre des tiers; l'article 1753, notamment, nous en offre un.

252. Si le mandat interdisait formellement au mandataire de se substituer quelqu'un, ou de se substituer telle personne, et que néanmoins le mandataire eût fait la substitution, on devrait la considérer comme nulle et de nul effet même à l'égard des tiers qui auraient traité avec le substitué. L'article 1119, portant qu'on ne peut, en général, stipuler ni promettre en son propre nom que pour soi-même, serait applicable aux actes faits par le substitué, et le mandataire serait responsable envers le mandant de toute espèce de faute commise par le substitué dans sa gestion, et qui lui aurait de fait causé quelque préjudice, sans parler des dommages-intérêts résultant de

l'inexécution du mandat tel qu'il devait être exécuté.

253. Quand il y a plusieurs mandataires ou fondés de pouvoir établis par le même acte, il n'y a solidarité entre eux qu'autant qu'elle a été exprimée (art. 1995).

C'est une dérogation au Droit romain, dans lequel, au contraire, les divers mandataires pour la même affaire, quoique constitués par le même mandat, étaient tenus chacun *in solidum* des effets de l'action *mandati directâ* (1), probablement parce qu'on considérait l'obligation de faire la chose qui était l'objet du mandat comme une obligation indivisible, et contractée par chacun des mandataires. La décision du Code est bien préférable, puisqu'elle est moins onéreuse pour les mandataires, qui rendent un service et n'en reçoivent pas. Il est vrai que, d'après l'article 1033, les divers exécuteurs testamentaires, qui sont des espèces de mandataires, sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée; mais c'est parce qu'on a pensé qu'il fallait donner le plus de garantie possible aux légataires, qui sont

(1) L. 60, § 2, ff. *Mandati.*

étrangers au choix que le testateur a fait des exécuteurs testamentaires.

254. La division de l'action entre les divers mandataires est toutefois sans préjudice de l'action pour le tout contre celui d'entre eux qui, par son fait personnel et individuel a causé du tort au mandant, ou a touché pour lui des sommes dont il serait reliquataire; quant à cette somme ou quant aux dommages-intérêts dus pour ce fait, nul doute que ce mandataire ne puisse être poursuivi et condamné *in solidum*, car on est toujours tenu *in solidum* de son fait personnel. Mais si c'est pour inexécution du mandat, ou pour un fait de mauvaise gestion commune à tous les mandataires, ou à raison de sommes touchées par tous, soit directement du mandant, soit de ses débiteurs, alors s'applique notre article, et le mandant n'a d'action solidaire contre chacun d'eux, qu'autant que la solidarité a été exprimée dans le mandat. Toutefois s'ils ont commis envers le mandant un délit de la nature de celui qui est prévu à l'article 408 du Code pénal, et qu'ils soient condamnés pour ce fait, ils sont solidairement responsables des dommages-intérêts et restitutions comme *délinquans*, en vertu de l'article 55 du même Code.

255. Si, au lieu d'avoir été constitués par le même acte, deux mandataires ont été nommés

par des actes différens, pour la même ou les mêmes affaires, avec déclaration dans le second acte qu'il ne révoque pas le premier, on doit voir là, non un seul mandat, mais deux mandats, pour lesquels, par conséquent, les divers mandataires sont responsables chacun *in solidum* de ce qu'ils ont fait et de ce qu'ils auraient dû faire.

256. Dans le cas ou plusieurs mandataires sont choisis par le même acte, si les fonctions sont divisées, chacun d'eux doit se renfermer dans celle qui lui est assignée, et il n'est responsable que de cette gestion; car dans ce cas aussi il y a plusieurs mandats; il y en a autant que de gestions, quand bien même le mandant n'aurait pas expressément déclaré que chacun des mandataires devra se renfermer dans celle qui lui est assignée : cela était sous-entendu; et l'un d'eux ne pourrait agir au défaut des autres dans ce qui concernerait leur gestion, qu'autant que le mandat l'y autoriserait expressément.

Mais si les fonctions n'ont pas été divisées, chacun des mandataires peut agir au défaut des autres, ainsi que le peuvent des exécuteurs testamentaires en pareil cas; et, comme nous venons de le dire, chacun est responsable *in solidum* de son propre fait.

257. Ainsi que nous avons eu déjà occasion de le dire précédemment, le mandataire qui a donné à la partie avec laquelle il a traité, une suffisante

connaissance de ses pouvoirs, n'est tenu, dans notre Droit, d'aucune garantie, même pour ce qui a été fait au-délà du mandat, à moins qu'il ne s'y soit personnellement obligé (art. 1997).

Le tiers est censé s'en être rapporté au mandant pour tout ce qui a été fait au-delà du mandat dont la connaissance lui a suffisamment été donnée. Mais si le mandant ratifie ce qui a été fait au-delà des pouvoirs, c'est comme s'il avait d'abord donné mandat de le faire, d'après la règle *ratihabitio mandato æquiparatur ;* sans préjudice toutefois du droit des tiers, à l'égard desquels la ratification n'aurait pas d'effet rétroactif.

258. L'acte contenant cette ratification n'est pas assujetti aux formalités prescrites par l'article 1338, car ce n'est pas le cas d'une obligation contre laquelle la loi admettait l'action en rescision ou en nullité. Ainsi jugé, et avec beaucoup de raison, par arrêt de cassation, que nous avons rapporté au tome XIII, nº 265.

CHAPITRE III.

Des obligations du mandant.

SOMMAIRE.

259. *Les obligations du mandant considérées sous un double point de vue.*

260. *Ces obligations considérées à l'égard des tiers avec lesquels le mandataire a traité.*

261. *Suite.*

262. *Si le tiers avec lequel le mandataire a traité a directement, et en son nom, action contre le mandant, et réciproquement? distinction à faire.*
263. *Ce que doit rembourser le mandant au mandataire.*
264. *Si le mandataire qui a payé de ses deniers un objet acheté au nom du mandant a un privilége sur cet objet?*
265. *Le mauvais succès des opérations faites par le mandataire, sans aucune faute qui lui soit imputable, ne dispense pas le mandant de remplir ses obligations.*
266. *Comment doit s'entendre la disposition du Code portant que le mandant ne peut faire réduire les dépenses faites par le mandataire, sous le prétexte qu'elles pouvaient être moindres.*
267. *Développemens du principe que le mandant doit rembourser au mandataire les avances que celui-ci a faites pour exécuter le mandat.*
268. *Suite.*
269. *Le mandataire doit aussi être indemnisé des pertes qu'il a essuyées à l'occasion de sa gestion, et application de la règle.*
270. *Il a droit à l'intérêt des sommes avancées par lui du jour des avances constatées.*
271. *Si le mandataire constitué par plusieurs pour une affaire commune les a tous solidairement obligés quant aux effets du mandat.*

259. Les obligations du mandant peuvent être considérées sous un double point de vue : ou relativement aux tiers avec lesquels le mandataire a traité en exécution du mandat, ou par rapport au mandataire lui-même, soit à raison de ses avances, soit à raison du salaire qui lui auraitété promis.

260. Quant aux obligations du mandant à l'é-

gard des tiers, le mandant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire conformément au pouvoir qui lui a été donné (art. 1998).

Mais il n'est tenu de ce qui a été fait au-delà des pouvoirs, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement *(ibid.)*.

Ce qui a été fait au-delà du mandat est nul de soi par rapport à lui, et n'est pas seulement annulable : en sorte qu'il n'a pas besoin d'intenter une action contre le tiers qui a traité avec le mandataire, pour faire annuler ce qui a été fait au-delà des bornes du mandat; il lui suffit de déclarer qu'il ne le reconnaît pas; et il peut, par conséquent, le repousser à toute époque, s'il ne l'a pas approuvé expressément ou tacitement. L'article 1304, sur la durée des actions en nullité ou en rescision, est étranger à ce cas. Il n'y a pas d'obligation pour le mandant.

261. Il faut remarquer que notre article 1998 ne dit pas que le mandant est tenu d'exécuter les engagemens contractés par le mandataire *en son nom*, de lui mandant; il dit d'une manière générale que le mandant est tenu d'exécuter les engagemens *que le mandataire a contractés* conformément au pouvoir qui lui a été donné; et en effet, ainsi que nous l'avons dit plus haut, il est possible que le mandataire ait traité en son nom avec le tiers, et toujours en exécution du man-

dat, parce qu'il avait peut-être quelque raison de ne pas faire connaître aux tiers celui qui lui avait donné la commission; or, dans ce cas aussi, comme dans celui où le mandataire a traité au nom du mandant, ce dernier doit exécuter les engagemens que le premier a contractés conformément aux pouvoirs qui lui ont été donnés; de même que, dans le cas de gestion des affaires d'autrui sans mandat, le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagemens que le gérant a contractés en son nom, et l'indemniser de tous les engagemens personnels qu'il a pris (art. 1375).

262. Il n'est pas douteux, quand le mandataire a traité au nom du mandant, que celui-ci peut agir directement contre le tiers avec lequel le mandataire a traité, et, réciproquement, que le tiers peut agir directement contre le mandant; mais il n'en est pas de même quand le mandataire a traité en son propre nom, ainsi que cela avait constamment lieu chez les Romains, et comme on le voit parfois chez nous en matière de mandat ordinaire, et presque toujours quand c'est un commissionnaire qui traite. Dans ce cas, le mandant a besoin pour agir contre le tiers, de se faire céder l'action du mandataire contre celui-ci; et, réciproquement, le tiers a besoin de se faire céder l'action du mandataire contre le mandant pour agir contre ce dernier; autrement l'un

et l'autre n'exerceraient que l'action générale de l'article 1166, et au nom de leur débiteur.

De là, si je charge quelqu'un, par exemple un commissionnaire, de m'acheter certaine partie de marchandise, qu'il achète en son nom, ce n'est pas moi, mais bien le commissionnaire qui a l'action contre le tiers-vendeur, pour l'obliger à la délivrance, et ce, quand bien même j'aurais fourni les fonds nécessaire pour faire l'opération, et que j'offrirais de prouver que ces fonds ont servi à payer en tout ou partie le prix de l'achat: en sorte que si le commissionnaire tombe en faillite, je n'ai pas, même en offrant de faire la preuve ci-dessus, le droit de revendiquer les marchandises dans la main du tiers-vendeur; ce droit appartient à la masse des créanciers du failli, sauf à moi à venir dans les distributions de deniers avec les autres créanciers, pour les sommes que je pourrais avoir avancées à ce commissionnaire, ainsi que pour les dommages-intérêts qui pourraient m'être dus. Au lieu que si le commissionnaire avait acheté en mon nom, ainsi que l'article 92 du Code de commerce suppose que cela a pu se faire, ce serait moi, et non le commissionnaire, qui serais censé acheteur, et je pourrais, en conséquence, réclamer du tiers la marchandise achetée, sauf à faire raison au vendeur de ce qui pourrait lui être dû, et à la faillite du commissionnaire, des avances que ce dernier se trouverait avoir faites, ainsi que de son droit de commission.

En sens inverse, si j'ai expédié des marchandises à un commissionnaire, pour les vendre, je n'ai pas d'action en mon nom contre celui auquel il les a vendues en son propre nom. Toutefois, si le commissionnaire est tombé en faillite, la loi, par une faveur particulière, et motivée sur la sécurité dont on a dû environner le commerce, m'accorde le droit de réclamer du tiers acheteur le prix des marchandises vendues, s'il n'a pas été payé au commissionnaire, et s'il n'a pas non plus été passé en compte entre celui-ci et l'acheteur (art. 581 Cod. de comm.) : en sorte que, dans ce cas, je ne viens pas par contribution avec la masse des autres créanciers du commissionnaire failli; je réclame le prix en entier, comme si j'avais vendu moi-même, ou comme si le commissionnaire avait vendu en mon propre nom.

263. Le mandant doit rembourser au mandataire les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution du mandat, et lui payer le salaire, s'il en a été promis un (art. 1999).

264. Le mandataire qui a payé de ses deniers un objet qu'il a acheté *au nom du mandant*, a-t-il sur cet objet un privilége pour le remboursement de ce qu'il a payé?

Si c'est un meuble, dont il est encore détenteur, nous pensons qu'il a le droit de rétention jusqu'à remboursement; et cela, aussi bien vis-à-vis des

créanciers du mandant, que vis-à-vis du mandant lui-même, ainsi qu'un dépositaire a ce droit jusqu'à remboursement des frais qu'il a faits pour la conservation du dépôt (art. 1948). La Cour de Bruxelles, par arrêt du 13 juin 1810 (1), a jugé en ce sens, en décidant que celui qui a acheté des marchandises pour un commerçant, tombé depuis en faillite, n'était pas tenu d'en faire la délivrance à ce dernier, tant que ses déboursés ne lui étaient pas pleinement restitués, encore que la majorité des créanciers eût fait un concordat avec le failli, et lui eût, par cet acte, accordé des remises, et des délais pour le paiement du surplus. Or, la décision eût dû être la même si c'eût été la masse des créanciers qui eût revendiqué la marchandise achetée, sans offrir au mandataire le montant de ses déboursés.

Mais si, dans l'espèce supposée ci-dessus, le mandataire a remis l'objet au mandant, ou s'il s'agit d'un immeuble, livré ou non à celui-ci, le mandataire n'a qu'une simple créance, pour être remboursé de ses avances. On ne voit pas en effet que ce droit de rétention ait été admis par le Code en matière d'immeubles, et l'on ne voit pas non plus que le Code ait consacré un privilége en pareil cas; il faudrait, pour qu'il existât, que le mandataire se fût obligé comme caution au paiement du prix : alors il aurait, comme légalement

(1) Sirey, 1811-2-117.

subrogé, en vertu de l'article 1251 n° 3, le privilége du créancier vendeur, privilége accordé par la loi à ceux qui, étant tenus pour d'autres ou avec d'autres, avaient intérêt à l'acquittement de la dette qu'ils ont soldée; ou bien il faudrait que le vendeur, en recevant son paiement du mandataire, eût subrogé celui-ci à ses droits : dans ce cas aussi, en effet, le mandataire aurait le privilége du vendeur, en vertu de l'article 1250-1°; car rien ne s'opposait à ce que ce vendeur, créancier du prix de vente, ne consentît cette subrogation au mandataire comme à tout autre qui l'aurait payé. Il n'était pas non plus défendu au mandataire de songer à la sûreté de ses droits, tout en exécutant ponctuellement le mandat. Et il faudrait le décider ainsi même dans le cas où le mandat chargeait le mandataire de payer de ses deniers le prix de l'acquisition, à moins qu'il ne lui interdît formellement la faculté de se faire subroger aux droits du vendeur : mais, dans ce dernier cas, comme le mandataire n'aurait pu se faire subroger qu'en contravention à son propre engagement, la subrogation devrait demeurer sans effet, et le mandataire n'aurait que la simple action de mandat contre le mandant.

Si le mandataire qui a payé de ses deniers l'objet acheté, a acheté *en son propre nom* (1), comme,

(1) Nous supposons qu'il n'a pas acheté avec déclaration de command ou élection d'ami, ou, s'il a acquis avec cette déclaration, que l'accceptation du mandant n'a pas eu lieu dans le délai de droit.

dans ce cas, le mandant, suivant ce que nous avons dit plus haut, ne tient pas la chose directement du vendeur, mais bien du mandataire, puisque ce n'est point au mandant, mais au mandataire, que le tiers vendeur a entendu vendre et conférer la propriété, on doit dire que le mandataire a le privilége attaché à la qualité de vendeur, savoir, en vertu du n° 4 de l'article 2102 du Code civil, si c'est un meuble, et en vertu de l'article 2003 - 1°, si c'est un immeuble; pourvu, dans la première hypothèse, que la chose, si elle a été remise au mandant, soit encore en sa possession; et si le mandataire ne l'a pas encore livrée au mandant, il peut la retenir tant que ses avances ne lui sont pas remboursées.

265. S'il n'y a aucune faute imputable au mandataire, le mandant ne peut se dispenser de lui rembourser les avances qu'il a faites, et de lui payer le salaire promis, quand bien même l'affaire n'aurait pas réussi, ni faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres (art. 1999). Il n'est point non plus dispensé par là de remplir à l'égard des tiers les engagemens contractés en exécution du mandat.

Le mandataire, en effet, ne peut répondre de la non-réussite de l'affaire dont on l'a chargé, quand il n'a commis aucune faute dans l'exécution du mandat; et ce serait cependant l'en rendre res

ponsable jusqu'à un certain point, si le mandant pouvait se dispenser, sous ce prétexte, de lui rembourser ses avances et de lui payer le salaire convenu.

Du reste, si le salaire n'avait été promis que sous la condition de la réussite de l'affaire, il est clair qu'il ne serait pas dû si l'affaire n'avait pas réussi; mais, dans ce cas-là même, les frais et avances ne devraient pas moins être remboursés au mandataire, à moins de convention contraire.

266. Quand le Code dit que le mandant ne peut faire réduire le montant des frais et avances sous le prétexte qu'ils pouvaient être moindres, lorsque le mandataire n'a commis aucune faute dans l'exécution du mandat (par conséquent lorsqu'il n'a pas dépassé les limites que le mandant avait fixées pour ces mêmes frais et avances), cela doit toutefois être entendu en ce sens, que le mandant ne doit point chicaner sur ces objets, quand bien même le mandataire, ou tout autre, aurait pu dépenser un peu moins dans l'opération; mais non en ce sens que le mandataire, parce qu'on ne lui aurait pas limité la dépense qu'il devait faire, pourrait se faire rembourser une somme évidemment exagérée; car, précisément, en dépensant cette somme, il aurait commis une faute, quoique d'ailleurs il eût parfaitement exécuté le mandat sous tout autre rapport, et dès-lors il ne serait plus dans le cas prévu par notre article.

267. Le mandant doit rembourser au mandataire, non-seulement les avances que celui-ci a faites pour l'exécution du mandat, mais encore ce qu'un tiers a dépensé pour la même cause au nom du mandataire; par exemple, si je vous ai cautionné d'après votre mandat, et que celui qui gérait mes affaires ait payé à votre créancier, pour me libérer de mon cautionnement, il est clair que j'ai dès ce moment action contre vous, puisque je me trouve obligé moi-même à rembourser au gérant de mes affaires ce qu'il a déboursé pour me libérer de mon cautionnement, et qui a produit votre libération vis-à-vis de votre créancier. Telle est la décision de Celse dans la loi 50, ff. à ce titre.

268. Et il en serait de même du cas où le tiers qui m'a libéré de mon cautionnement, et qui par suite vous a libéré de votre obligation, aurait, en payant, voulu me faire personnellement une libéralité; car il vous importe peu que ce tiers ait ou non une action contre moi à raison de ce qu'il a payé : le point important pour vous, c'est que vous soyez libéré de votre obligation; or, comme vous l'êtes, et que vous l'avez été en ma considération, j'ai l'action *mandati* contre vous. C'est comme si c'était avec mes deniers que votre dette eût été payée; c'est comme si le tiers qui a voulu me faire cette libéralité m'avait compté à moi-même les deniers, au lieu de les compter à

votre créancier en ma considération, et comme si je les avais ensuite comptés moi-même à votre créancier pour éteindre mon cautionnement, et par suite votre dette. *Marcellus fatetur : si quis donaturus fidejussori pro eo solverit creditori, habere fidejussorem mandati actionem.* L. 12, § 1, ff. *hoc tit.*

Il en est de même, et par le même motif, si le tiers qui a voulu me libérer de mon cautionnement, en vue de me faire une libéralité, a donné décharge à votre créancier qui se trouvait être son débiteur. L. 26, § 3, ff. *eod. tit.*

269. Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à *l'occasion* de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable (art. 2000).

On a bien toujours tenu, dans le Droit romain comme dans notre ancienne jurisprudence, que le mandant doit indemnité au mandataire pour les pertes que l'exécution du mandat a causées directement à celui-ci; mais quand le mandat a simplement été l'occasion ou la cause éloignée de la perte, le Droit romain, suivi par Pothier et autres auteurs français, n'accordait pas d'indemnité pour une telle perte. C'est ainsi que le jurisconsulte Paul, dans la loi 26, § 6, ff. *Mandati*, décide que le mandataire dépouillé par des voleurs, dans un voyage entrepris pour exécuter le mandat, ou qui a perdu ses effets dans un naufrage, ou qui a fait des dépenses pour se faire

soigner dans une maladie qu'il a essuyée durant le voyage, n'a pas d'indemnité à réclamer pour ce préjudice, attendu que cette perte est plutôt l'effet d'un cas fortuit, que l'effet du mandat : *non omnia quæ impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit (procurator) à latronibus, vel languore suo suorumque apprehensus, quædam erogaverit : nam hæc magis casibus quàm mandato imputari oportet.*

Les jurisconsultes romains n'ont toutefois pas été d'accord sur ce point en matière de société. Ainsi Ulpien, dans la loi 52, § 4, ff. *pro Socio*, suivant en cela le sentiment de Julien, décide que, si un associé a été attaqué par des malfaiteurs dans un voyage entrepris pour les affaires de la société, et que ses esclaves aient été blessés, et son argent et ses effets enlevés, ces pertes, et les frais faits pour soigner les esclaves, doivent être supportés par tous les associés. L'on trouve une semblable décision dans la loi 61 au même titre.

Au contraire, Pomponius, dans la loi 60, § 1, *eodem tit.*, adoptant le sentiment de Labéon, n'accordait point d'indemnité à l'associé vis-à-vis des coassociés, à raison des pertes arrivées en pareil cas, ou autres analogues, quoique ces pertes aient eu lieu *propter societatem*, n'ayant pas eu lieu, dit-il, *in societatem*. Il assimilait ces pertes à celle résultant de la révocation d'une institution d'héritier qui avait été faite en faveur de l'associé, et

que le testateur avait supprimée, par mécontentement envers la société. L'analogie était loin, selon nous, d'être parfaite.

Les rédacteurs du Code ayant cru, avec raison, devoir décider qu'un associé a action contre la société *pour les risques inséparables de sa gestion* (art. 1852), et ayant pareillement décidé que la personne qui a fait un dépôt doit indemniser le dépositaire de toutes les pertes que le dépôt lui a *occasionées* (art. 1947), ils ont dû par cela même, en s'écartant de la doctrine des jurisconsultes romains, suivie par Pothier, accorder une indemnité au mandataire, pour les pertes essuyées par celui-ci à *l'occasion* de sa gestion sans aucune faute qui lui fût imputable; car le mandat, de sa nature, est un contrat de bienfaisance, et il ne serait pas conforme à l'équité que le mandataire, qui a voulu rendre un service, en souffrît un préjudice. En vain objecterait-on que la cause du préjudice est le cas fortuit, et non le mandat : oui la cause directe, immédiate, du préjudice, est le fait qui l'a produit, mais sans le mandat lui-même, ce fait n'aurait pas eu lieu ; le mandat en est donc la cause, sinon immédiate, au moins médiate.

Et comme notre article (2000) ne distingue pas si le mandat est ou non avec salaire, sa disposition s'applique à l'un comme à l'autre cas. D'ailleurs le contrat de société est bien dans l'intérêt de toutes les parties, et cependant l'associé

qui a éprouvé une perte qui a été le résultat d'un risque inséparable de sa gestion, a droit d'être indemnisé par la société : donc le mandataire avec salaire doit l'être aussi. Peu importe que, dans le cas de société, l'associé qui a éprouvé la perte en supporte sa part comme les autres, tandis que dans le cas de mandat même avec salaire nous la mettons en entier au compte du mandant; cela tient à ce que l'opération dont le mandataire était chargée était toute dans l'intérêt du premier, quoiqu'il payât un salaire pour qu'elle fût faite par un autre.

270. L'interêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées (art. 2001); par conséquent, les intérêts qu'il a payés pour le mandant étant pour lui un capital déboursé, l'intérêt lui en est dû comme de la somme principale elle-même. Et il n'a pas besoin, pour obtenir l'intérêt de ses avances, de justifier qu'il a lui-même payé des intérêts pour se procurer la somme qu'il a avancée, ou qu'il aurait placé cette somme à intérêt; le Code le lui accorde de plein droit dans toute les hypothèses, à dater du jour des avances constatées; il suffit pour cela qu'il justifie de l'époque où il les a faites; ce qu'il fera, soit par les quittances qu'il aura retirées des créanciers du mandant, qu'il a payés de ses deniers, soit de toute autre manière.

271. Si le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elles est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat (art. 2002); par conséquent même du salaire qui aurait été promis, car la loi ne distingue pas, quoiqu'il n'y eût, suivant nous, pas plus de raison d'établir la solidarité de droit, même pour les déboursés, dans le cas du mandat avec salaire, que dans les autres contrats à titre onéreux, comme le louage ou la vente. Le mandataire est bien, sans doute, mandataire de chacun des mandans, et c'est la raison qui a fait établir la solidarité à son profit contre ces derniers, mais en réalité chacun de ceux-ci n'a entendu lui confier l'affaire que pour la part qu'il y avait, et dès-lors qu'il payait un un salaire, on ne voit pas pourquoi il est tenu solidairement de la part des autres dans ce salaire, et même de leurs parts dans les déboursés. On conçoit la chose lorsque le mandat est gratuit; alors la loi a dû traiter le mandataire avec faveur, et pour cela lui donner, pour ses déboursés, l'action *in solidum* contre chacun des mandans, mais cette faveur n'a plus le même motif quand le mandataire se fait payer le prix du service qu'il rend; *sed statuit lex.*

On a jugé (1), par application de notre article

---

(1) Arrêt de cassation du 27 janvier 1812. Sirey, 1812-1-198.

2002, qu'un notaire avait une action solidaire contre les divers héritiers qui l'avaient chargé de faire la liquidation d'une succession ouverte à leur profit. L'action solidaire lui a été accordée non-seulement pour ses déboursés, mais encore pour ses honoraires (1).

La raison est la même dans le cas où plusieurs personnes chargent un avoué d'occuper pour elles dans une affaire qui leur est commune (2); ou dans le cas où un tribunal nomme un liquidateur d'une société commerciale (3); ou que deux ou plusieurs personnes choisissent un arbitre (4), et enfin dans le cas où elles nomment ou que le tribunal nomme des experts (5).

Il résulte de notre principe, que si deux personnes chargent quelqu'un d'acheter pour elles une certaine partie de marchandise, ou un immeuble, et que le mandataire ait fait des déboursés pour cette acquisition, il a l'action solidaire contre chacun des mandans, bien que, de droit commun, le vendeur n'ait contre eux qu'une action divisée, et en proportion de leurs parts dans l'acquisition.

Mais dans tous ces cas, celui des mandans qui

---

(1) Voyez tome XII, n° 202.

(2) Voyez *ibid.*, n° 203, et l'arrêt qui y est cité.

(3) Voyez *ibid*, et l'arrêt qui y est mentionné.

(4) *Vide ibid*, et l'arrêt qui y est cité.

(5) Voyez *ibid*, et aussi l'arrêt qui y est indiqué.

a payé au-delà de sa part, a son action en recours contre les autres, conformément à ce qui a été expliqué quand nous avons traité des obligations solidaires.

Voyons à présent comment finit le mandat.

CHAPITRE IV.

Des différentes manières dont finit le mandat.

SOMMAIRE.

272. *Le mandat finit par la révocation du mandant.*
273. *Et celui-ci peut contraindre le mandataire à lui remettre l'écrit contenant le pouvoir.*
274. *Les actes faits avec les tiers qui ignoraient la révocation du mandat ont leur effet : disposition de l'art.* 2005 *à cet égard.*
275. *Suite et interprétation de cet article.*
276. *La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier à compter de la notification faite à celui-ci.*
277. Quid *si la personne chargée du nouveau pouvoir ne l'accepte pas?*
278. *Un second mandataire peut au surplus fort bien être choisi sans révocation du premier.*
279. *Application à divers cas, du principe que la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire emporte révocation du premier.*
280. *Le mandat finit aussi par la renonciation du mandataire.*
281. *Mais sans préjudice des dommagés-intérêts dus au mandant si la renonciation a été faité sans motif, et lui a causé du préjudice,*

272. Le mandat finit par plusieurs causes, que nous allons analyser successivement.

Comme il est donné dans l'intérêt du mandant, et que c'est un acte de confiance de la part de celui-ci envers le mandataire, il est naturel que lorsque cette confiance n'existe plus, ou que le mandant juge que l'opération lui serait désavantageuse, ou même simplement inutile, il puisse révoquer les pouvoirs qu'il avait conférés à cet effet; aussi peut-il les révoquer quand bon lui semble (art. 2003 et 2004).

Et dans le cas même où il a promis un salaire au mandataire, rien ne s'oppose à ce qu'il révoque le mandat, sans devoir pour cela le salaire ; car il ne l'avait promis que comme récompense d'un service, dont il peut ne plus vouloir, parce qu'il lui est devenu inutile, ou parce que le mandataire n'a plus sa confiance. L'obligation de payer le salaire n'est pas une obligation principale et directe ; c'est une obligation dépendante de l'exécution du mandat, et, dans son but, le mandat est un contrat formé dans l'intérêt seul du mandant, par conséquent un contrat que celui-ci peut révoquer quand bon lui semble, quoi qu'il soit fait avec promesse d'un salaire ; à la différence de la vente ou du louage, qui sont des contrats formés dans l'intérêt direct des deux parties, et qui par conséquent ne peuvent être révoqués ou résiliés que de leur mutuel consentement, sauf les cas où la loi en a disposé autrement. Ce serait donc pour une cause qui aurait manqué son effet, et par cela même *sine causâ*, que le mandataire réclamerait le salaire promis.

Toutefois, si le mandataire, lors de la révocation du mandat, l'avait déjà exécuté en partie, le salaire lui serait dû proportionnellement, quand bien même ce qui a été fait ne serait d'aucune utilité au mandant ; et s'il avait fait quelques déboursés, le montant devrait lui en être restitué, suivant ce qui a été dit au chapitre précédent.

273. Du droit qu'a le mandant de révoquer le mandat résulte celui de pouvoir contraindre le mandataire, s'il y a lieu (1), à lui remettre l'écrit sous seing privé (ou la lettre) qui contient la procuration, ou l'original en brevet, ou enfin l'expédition, s'il en a été gardé minute (2) (art. 2004); afin que le mandataire ne puisse plus faire usage d'un pouvoir révoqué, en traitant avec des tiers qui ignoreraient la révocation; car ceux-ci, traitant dans cette ignorance, auraient le mandant pour obligé comme si le mandat n'eût pas été révoqué.

274. En effet, l'article 2005 porte que la révocation du mandat notifiée au mandataire seul ne peut être opposée aux tiers qui ont traité de bonne foi avec lui, dans l'ignorance de cette révocation; sauf le recours du mandant contre le mandataire. En principes purs, les actes devraient être sans effet à l'égard du mandant,

---

(1) Il est possible, en effet, que le mandat ait été donné verbalement, ou qu'il soit contenu dans une lettre dont le mandataire aurait un juste motif de ne pas se dessaisir, parce qu'elle contiendrait des choses importantes et étrangères au mandat, ou que l'écrit contenant la procuration ait été annexé à la minute d'un acte passé par le mandataire avec un tiers, en exécution du mandat, ou remis au tiers comme preuve du pouvoir, ou enfin qui soit perdu ou égaré.

(2) Il importe donc que le notaire qui a reçu l'acte n'en délivre pas une seconde expédition au mandataire sans le consentement du mandant.

puisqu'en réalité ils ont été faits par un individu qui n'avait plus de mandat; mais ils ont effet en vertu de l'équité, qui ne permettait pas que les tiers avec lesquels le mandataire a traité depuis la révocation du mandat, fussent victimes de l'ignorance dans laquelle ils étaient touchant cette révocation.

A plus forte raison en est-il ainsi des paiemens faits au mandataire par les tiers débiteurs du mandant, dans l'ignorance de la révocation du mandat.

275. Mais cet article 2005, placé immédiatement après celui qui autorise le mandant à contraindre le mandataire à lui remettre l'acte contenant la procuration, fait naître quelque doute sur la question de savoir s'il s'applique aussi bien au cas où le mandant, qui a révoqué le mandat, s'était fait remettre l'acte de procuration au moment où le mandataire a traité avec des tiers qui ignoraient alors la révocation ou a reçu d'eux des paiemens, qu'au cas où il ne s'était pas encore fait remettre cet acte. Cette question doit être résolue d'après certaines distinctions, tirées de la nature de l'opération dont le mandataire était chargé, et des circonstances de l'affaire.

D'abord, s'il s'agissait d'une opération qui ne dût pas être faite avec telle personne déterminée, mais bien avec telle ou telle personne indistinc-

tement, par exemple, de vendre telle chose, à tel prix, à la personne qui se présenterait, ou d'acheter certaines marchandises, il est clair que le mandant, qui, en révoquant sa procuration, s'est fait remettre l'acte qui la contenait, a fait tout ce qu'il pouvait faire pour anéantir les pouvoirs qu'il avait donnés : il ne pouvait pas faire faire des notifications à tout le monde, et les tiers qui ont ensuite traité avec le mandataire, parce qu'ils avaient eu connaissance du mandat, et en ignoraient la révocation, auraient à s'imputer de ne s'être pas fait représenter le pouvoir en traitant; s'ils l'avaient demandé, l'impossibilité où aurait été le mandataire de le leur produire, leur aurait suffisamment démontré que ce même pouvoir avait cessé d'exister.

Bien mieux, il faut dire la même chose du cas où le pouvoir désignait la personne avec laquelle le mandataire devait faire la vente ou l'achat, ou tout autre traité au nom du mandant; car cette personne a dû aussi, en traitant, se faire montrer le pouvoir.

Mais si le mandant, qui a révoqué son mandat, a négligé de retirer la procuration, et que ce soit sur le vu de cette procuration que des tiers aient traité avec le mandataire, dans l'ignorance de la révocation du mandat, s'applique alors notre article 2005, et le mandant est valablement lié envers les tiers, sauf son recours contre le mandataire.

Voilà pour les traités ; mais si l'on suppose que le mandataire avait un pouvoir général, ou même spécial, mais qui lui donnait qualité suffisante pour toucher des débiteurs des rentes du mandant, les arrérages à mesure des échéances, ou des locataires et fermiers, les loyers ou fermages : comme ces divers débiteurs, qui avaient l'habitude de payer au mandataire, n'ont pas dû, à chaque paiement, exiger l'exhibition de la procuration, nous croyons que les paiemens faits par eux, de bonne foi, dans l'ignorance de la révocation du mandat et de la remise au mandant de l'acte de procuration, sont valables à l'égard de ce dernier, sauf à lui son recours contre le mandataire ; par conséquent, le mandant, pour prévenir ces paiemens, doit faire connaître à ces mêmes tiers la révocation du mandat.

Ainsi encore, si j'ai écrit à un de mes débiteurs de payer à M. un tel, chargé de ma procuration, et qu'ensuite révoquant mon mandat et me faisant même remettre l'écrit qui le renferme, je néglige d'en informer le tiers débiteur, et que celui-ci paie au mandataire révoqué, dans l'ignorance de la révocation du mandat, il est juste que le paiement soit valable à mon égard. Je ne dois pas pouvoir dire au tiers qu'il ne devait payer que sur le vu de l'acte de procuration ; car il a dû croire, en payant, à l'existence de cette même procuration, dont je lui avais donné avis,

et dont je ne lui ai pas fait connaître la révocation.

L'article 2005 devra donc s'appliquer avec ces distinctions et d'après les autres circonstances de l'affaire.

Au surplus, dans les cas où le mandant qui avait donné le pouvoir de faire des ventes ou des achats, ou autres traités, a révoqué son mandat sans retirer sa procuration, et où, comme nous venons de le dire, il est obligé envers les tiers qui ont traité avec le mandataire, dans l'ignorance de la révocation du mandat, il ne peut pas lui-même demander l'exécution des actes, puisqu'il avait révoqué le pouvoir de les faire; ce n'est point dans son intérêt que la loi en reconnaît la validité, c'est dans l'intérêt des tiers, et attendu la juste ignorance dans laquelle ils étaient de la révocation du mandat. Du reste, l'on sent que si les tiers demandent l'exécution des traités, ils doivent, de leur côté, remplir les obligations qu'ils leur imposent; à cet égard, il y a réciprocité.

Et il faut remarquer que les tiers qui, au moment des actes faits avec le mandataire révoqué, avaient connaissance d'une manière ou d'autre de la révocation, ne pourraient invoquer le bénéfice de notre article 2005, quoique le mandant ne leur eût pas fait de notification en forme de la révocation des pouvoirs qu'il avait donnés au mandataire; le contexte de cet article ne laisse

aucun doute à cet égard. Il ne dit pas, en effet, que les tiers ne seront censés avoir acquis la connaissance de la révocation du mandat que par une notification en forme; il dit simplement que la révocation notifiée au mandataire seul ne peut être opposée aux tiers qui ont traité *dans l'ignorance de cette révocation;* or, il est fort possible qu'ils en aient eu connaissance par une autre voie qu'une notification, ce qui serait un point à juger en fait d'après les circonstances de la cause, et qui, comme simple fait, serait susceptible d'être prouvé par témoins même sans commencement de preuve par écrit. Mais comme cette preuve, dans la plupart des cas, pourrait manquer au mandant, la prudence lui commande de faire une notification en forme à ceux avec lesquels il avait chargé le mandataire de traiter ou de recevoir d'eux des paiemens, en les désignant dans le mandat; car nous croyons que ce serait à lui, en cas de contestation, à prouver que les tiers n'ignoraient pas, en traitant, la révocation du mandat. La mauvaise foi ne se présume pas (art. 1116 et 2268), et évidemment l'allégation du mandant à ce sujet serait bien une allégation de mauvaise foi dans les tiers. Vainement on objecterait qu'en principe les actes ne sont pas obligatoires pour le mandant; que si la loi en décide autrement, c'est par une faveur spéciale, fondée sur la bonne foi des tiers, et qu'ainsi c'est à ceux qui invoquent ce bénéfice

de la loi, ce droit exceptionnel, à prouver qu'ils sont dans le cas prévu par elle, qu'ils ont rempli les conditions qu'elle exige ; nous répondrions que la présomption de la loi tient lieu de preuve à celui qui l'invoque en sa faveur (art. 1352); or, la loi elle-même présume toujours la bonne foi : « *La bonne foi est toujours présumée*, porte l'article « 2268 précité; c'est à celui qui allégue la mau« vaise foi, à la prouver. »

276. La constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci (art. 2006).

La notification peut être faite aussi bien par le nouveau mandataire que par le mandant lui-même, encore que le nouveau mandat ne fît pas mention expresse du pouvoir de la faire. C'est une conséquence de celui de faire l'affaire confiée d'abord au premier mandataire.

277. Quand bien même la personne à qui le nouveau pouvoir a été donné ne l'accepterait pas, le premier pouvoir ne serait pas moins révoqué, à moins de déclaration contraire de la part du mandant dans le second mandat. En effet, son intention de révoquer le prémier résulte de ce qu'il a donné purement et simplement à une autre personne le pouvoir de faire la même affaire, et cette intention une fois manifestée n'a

pas été détruite par un événement ultérieur, le refus de la personne choisie en second lieu, d accepter le mandat; de même qu'un legs fait d'abord à une personne, et ensuite transporté à une autre, ne laisse pas d'être révoqué à l'égard du premier légataire, quoique le second refuse de le recueillir, ou soit même incapable de recevoir du testateur (art. 1037).

Mais si le mandant, en chargeant une autre personne de la même affaire, déclare dans la procuration qu'il n'entend néanmoins révoquer son premier mandataire qu'autant que cette autre personne voudrait bien accepter le mandat qu'il lui confére, alors en effet cette condition doit se réaliser pour que le premier mandataire soit révoqué.

278. Il peut même arriver souvent qu'en donnant à une autre personne mandat de faire la même affaire, un mandant n'agisse ainsi que par la crainte que le premier mandataire ne soit empêché par quelque circonstance, telle qu'une maladie ou une absence, d'exécuter le mandat, et nullement en vue de révoquer le pouvoir qu'il lui avait donné. Si le second mandat s'exprime suffisamment à ce sujet, l'un et l'autre mandataire pourra faire l'affaire, et chacun d'eux ayant un mandat particulier, chacun sera responsable envers le mandant *in solidum*, et non pas *pro parte* comme dans le cas prévu à l'article 1995.

279. Si le premier mandat est un mandat spécial de vendre tel immeuble, ou de faire une transaction ou tout autre acte de propriété, et que le second soit un mandat conçu en termes généraux, il ne révoque point le premier, à moins de déclaration contraire de la part du mandant; car il n'est pas *pour la même affaire*, puisque le mandat conçu en termes généraux n'embrasse, sous le Code, que les actes d'administration; qu'il faut un mandat exprès lorsqu'il s'agit d'aliéner, d'hypothéquer ou de quelqu'autre acte de propriété (art. 1988).

Vice versâ, si c'est le premier mandat qui est conçu en termes généraux, et que le second soit de vendre tel immeuble, le premier n'est pas révoqué quant à l'administration de ce même immeuble jusqu'à la vente qui en sera faite : en sorte que si c'est une maison, qui se trouve louée, le premier mandataire n'en a pas moins le pouvoir de toucher les loyers jusqu'à la vente, et même, après la vente, le prix dû par l'acquéreur, à moins que le second mandât ne conférât spécialement à celui à qui il a été donné, le pouvoir aussi de toucher le prix de cette vente. En effet, nous avons vu plus haut que, d'après le sentiment commun des auteurs, le mandataire investi d'un mandat conçu en termes généraux a le pouvoir de recevoir ce qui est dû au mandant, que ce n'est là qu'un simple acte d'administration, ainsi que la loi le considère à l'égard des tuteurs, qui

ont qualité pour toucher, des débiteurs du mineur, le montant de leur dette, et de leur donner valable décharge, sans qu'il y ait besoin pour cela d'une autorisation du conseil de famille.

Mais il est clair que si le premier mandat est de vendre certains biens, et que le second soit de vendre tous les biens du mandant, ou tous les biens situés dans telle localité, où sont situés aussi ceux mentionnés dans la première procuration, il est clair, disons-nous, que le second mandat vaut révocation du premier, puisqu'il est *pour la même affaire*, la partie étant comprise dans le tout. Dans le cas inverse, le second mandat révoque le premier quant au pouvoir de vendre les biens spécifiés dans ce second mandat, mais pas au-delà : le tout, comme nous l'avons déjà dit, sauf déclaration contraire de la part du mandant exprimée dans la seconde procuration.

280. La seconde manière dont finit le mandat, c'est la renonciation du mandataire (art. 2003). Ce dernier, en effet, peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation (art. 2007).

281. Mais si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouvât dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable (*ibid.*).

Dans ce cas, il ne serait dû aucune indemnité au mandant par le mandataire, quoique, ainsi qu'on le suppose, la renonciation lui eût causé quelque préjudice, attendu qu'il ne serait pas juste que le service que le mandataire a voulu rendre tournât à son propre préjudice : *officium suum nemini damnosum esse debet.* Tel serait le cas où le mandataire, chargé de faire une certaine affaire tout de suite, ou dans un temps peu éloigné, serait obligé de partir sur-le-champ pour un voyage dans un pays lointain, pour ses propres affaires, qui exigent sa présence, et lorsque d'ailleurs la nécessité de faire ce voyage n'existait pas ou n'était pas connue du mandataire quand il a accepté le mandat ; car s'il l'eût alors connue, elle ne devrait point lui servir d'excuse d'avoir négligé de remplir un mandat dont il s'était librement chargé malgré cette circonstance.

On tenait anciennement que le mandataire pouvait renoncer au mandat lorsqu'il était survenu des inimitiés graves entre lui et le mandant. Il en doit être de même aujourd'hui; il n'est pas naturel, en effet, qu'une personne qui s'était chargée de rendre un bon office, par amitié pour celui qui l'en avait priée, soit obligée de rendre ce bon office quand la cause qui l'avait portée à le promettre ne subsiste plus, et a même fait place à un sentiment tout contraire.

Et dans tous les cas, lorsque la renonciation du mandataire ne peut causer aucun préjudice

au mandant, parce que celui-ci se trouve sur les lieux où doit se faire l'opération, il ne saurait non plus y avoir lieu à prononcer des dommages-intérêts contre le mandataire, puisqu'il n'en doit être prononcé qu'en raison d'un préjudice souffert, et qu'ici le mandant n'en a point éprouvé. Mais, ainsi que le porte notre article 2007, le mandataire doit notifier sa renonciation au mandant, si celui-ci ne l'accepte point de gré à gré.

Il doit également la lui notifier dans le cas ci-dessus d'inimitiés graves survenues entre eux.

283. Le mandat finit aussi par la mort naturelle ou civile du mandant, par son interdiction, par sa faillite ou déconfiture (art. 2003), et, dans la plupart des cas, par son changement d'état, ainsi que nous allons le démontrer.

Comme le mandat est un acte de confiance de la part du mandant envers le mandataire, on a pensé que cette même confiance étant étrangère aux héritiers du mandant, le mandat devait finir par la mort de ce dernier.

En conséquence de ces principes, si j'ai donné à mon débiteur mandat de payer à telle personne ce qu'il me doit, il ne peut plus payer valablement après ma mort (1), à moins qu'il ne le fît

---

(1) L. dernière ff. *de Solut.* dont le texte porte, il est vrai, dans sa dernière partie : *Ei autem cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non rectè solvitur, quia mandatum morte solvitur.* Mais Cujas

dans l'ignorance de mon décès, auquel cas, le paiement, quoique le mandat ne subsistât plus, vaudrait, *æquitatis causâ* (art. 2008).

284. Mais lorsque la chose ne devait être faite qu'après la mort du mandant, la mort de celui-ci ne fait pas finir le mandat. C'est ainsi que *Gaïus*, dans la L. 13 ff. *Mandati*, dit que si je vous ai donné mandat d'acheter un fonds pour mes héritiers, le mandat n'est pas fini par ma mort : *Idem est, si mandavi tibi ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum.*

Ulpien avait dit, dans le § dernier de la loi 12 au même titre, que si j'ai donné à quelqu'un le mandat d'élever un monument sur ma tombe, ce mandat ne prend pas fin par ma mort.

I *Observ.* 38, a rectifié cette leçon, corrompue probablement par quelque copiste, et il substitue celle-là : *Ei autem cui jussi debitorem meum solvere, post mortem meam non rectè solvitur* : car, dit-il, les principes du Droit autorisent, au contraire, l'exécution d'un mandat qui n'a été donné que pour être exécuté après la mort du mandant. La L. 12, § *ult.* et la L. 13, ff. *Mandati*, le décident formellement.

Cujas, au même endroit, corrige pareillement la première partie de cette loi dernière ff. *de Solutionibus*, ainsi conçue : *Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, rectè solvitur : quia talis est lex obligationis. Ideòque etiam invito me rectè ei solvitur*; et il substitue cette version, bien plus conforme assurément à la pensée de Paul, auteur de ce texte : *Ei qui mandato meo stipulatus est, post mortem meam rectè solvitur : quia talis est lex obligationis* (en effet, le mandataire doit moins être considéré ici comme mandataire que comme créancier, puisque c'est lui qui a fait cette stipulation) ; *ideòque etiam invito me rectè ei solvitur,* conformément à la loi 106 au même titre *de Solutionibus.*

Nos exécuteurs testamentaires ne sont rien autre chose que des mandataires, et leurs fonctions, loin de cesser par la mort de celui qui leur a donné la commission, ne peuvent même commencer qu'après son décès.

De plus, lorsque, dans un contrat, un tiers a été indiqué pour recevoir le paiement de l'obligation, ce tiers, *adjectus solutionis gratiâ*, est bien, en général, considéré comme un mandataire par rapport au créancier, puisque généralement il doit lui faire raison de ce qu'il a reçu du débiteur; et cependant, de droit commun, ce mandat ne finit pas par la mort du créancier, attendu que cette indication du tiers pour recevoir le paiement est une des conditions du contrat, *lex obligationis;* si bien que le paiement peut lui être fait malgré le créancier, à la différence du cas où celui-ci aurait ensuite simplement autorisé le débiteur à payer au tiers, ou le tiers à recevoir du débiteur. L. 106 ff. *de Solut.*

Mais, hors ces cas, ou autres analogues, il est vrai de dire que le mandat finit par la mort du mandant; et comme la mort civile de celui-ci donne ouverture à sa succession aussi bien que sa mort naturelle, le mandat finit par l'une comme par l'autre.

285. Il finit aussi, comme nous l'avons dit, par l'interdiction du mandant, soit qu'elle ait eu lieu par suite de démence ou de fureur, soit

qu'elle résulte de la condamnation à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion; car, pendant la durée de sa peine, le condamné est frappé d'interdiction légale, et il lui est nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et des subrogés tuteurs aux interdits (art. 29, Code pén.) (1).

Et si le mandat a été donné par un individu qui a été ensuite condamné par contumace à une peine afflictive ou infamante, il est également anéanti, puisque, aux termes de l'article 471 du Code d'instruction criminelle, les biens du condamné sont, à partir de l'exécution de l'arrêt, considérés et régis comme biens d'absens, et que le séquestre apposé avant le jugement, en vertu de l'article 465 du même Code, est maintenu, pour le compte être rendu à qui il appartiendra, après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace; ce qui est bien là une véri-

---

(1) Modifiant, d'après la loi du 28 avril 1832, le même article, qui était ainsi conçu : « Quiconque aura été condamné à la peine des « travaux forcés à temps ou de la réclusion, sera, de plus, pendant « la durée de la peine, en état d'interdiction légale; il lui sera nommé « un *curateur* pour gérer et administrer ses biens, dans les formes « prescrites pour la nomination des tuteurs aux interdits. » La peine de la *détention*, comme peine afflictive et infamante, a été établie par cette loi.

table interdiction, surtout si on rapproche cette disposition de celle de l'article 465 précité.

286. Si, au lieu d'être interdit pour cause de démence, le mandant a simplement été placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit, ou pour cause de prodigalité, le mandat qu'il a donné est anéanti de plein droit, s'il a pour objet des actes qui, d'après les articles 499 et 513, ne peuvent être faits sans l'assistance du conseil. Mais s'il n'avait pour objet qu'un de ces actes de simple administration que le mandant pourrait faire sans cette assistance, il n'est point révoqué. La raison de cette double décision, c'est que le mandant est censé faire lui-même ce que fait le mandataire, par conséquent lorsqu'il ne peut pas faire la chose, on ne peut plus supposer de mandat de sa part ; mais lorsqu'il peut encore la faire, il n'y a pas de motif de regarder le mandat comme anéanti.

C'est d'après cette distinction, qu'on doit décider que le mandat donné par une femme avant son mariage est ou non révoqué par le fait du mariage : si donc la chose qu'il s'agirait de faire rentre dans l'administration qu'a le mari des biens de sa femme, ou même si c'est une chose qui ne rentre pas dans cette administration, mais que la femme ne pourrait faire sans être autorisée du mari, ou de justice, au refus de celui-ci, le mandat est révoqué de plein droit par le ma-

riage. Mais si c'est une chose que la femme, d'après la nature du régime matrimonial qu'elle a adopté, a le droit de faire elle-même, et qu'elle peut faire sans avoir besoin d'autorisation, parce qu'il ne s'agirait que d'un simple acte d'administration et que la femme serait séparée de biens, nul doute que le mandat n'est pas révoqué par le fait seul du mariage de la mandatrice.

287. L'état de faillite ou de déconfiture (1) du mandant, ayant pour effet de le dessaisir de l'administration de ses biens, et de la transporter généralement à ses créanciers, le mandat qu'il avait donné pour la gestion de ces mêmes biens, en tout ou partie, doit, par une conséquence naturelle, cesser avec cette administration; et c'est en effet ce que décide le Code (art. 2003).

288. Le mandat donné par une personne qui a disparu de son domicile et dont on n'a point de nouvelles, prend fin par l'envoi en possession des biens de l'absent; mais l'envoi n'a pu, dans ce cas, être obtenu qu'au bout de onze ans depuis la disparition ou les dernières nouvelles, conformément aux articles 119, 120 et 121 analysés et combinés.

---

(1) L'état de faillite est l'état d'un commerçant qui a cessé ses paiemens, quelle que soit d'ailleurs la situation de sa fortune; l'état de déconfiture est celui d'un non-négociant qui a réellement plus de dettes que de biens.

289. Le mandat qu'avait donné un tuteur, en cette qualité, cesse de plein droit par la cessation des fonctions du tuteur ; et il faut en dire autant du mandat donné par tout autre administrateur de la chose d'autrui, par exemple de celui qui avait été donné par un mandataire lui-même, et dont le pouvoir a été révoqué. Même décision au sujet du mandat donné par le mari pour l'administration des biens de sa femme : il cesse dès que le mari cesse d'avoir cette administration.

290. Deux observations importantes sont à faire sur les cas précédens.

La première est que, bien que le mandat soit anéanti de plein droit par la mort du mandant, néanmoins, s'il y a péril en la demeure, le mandataire doit achever l'opération commencée au décès du mandant (art. 1991); ce qui s'applique, par le même motif, aux cas où le mandat prend fin par d'autres causes relatives au mandant.

La seconde observation est que si le mandataire a ignoré la mort du mandant, ou l'une des autres causes qui ont fait cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide (art. 2008).

Et dans ces cas, les engagemens du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers de bonne foi (art. 2009).

291. Le mandat finit pareillement par la mort naturelle ou civile du mandataire, par son inter-

diction, sa faillite ou sa déconfiture (art. 2003), et par son changement d'état; par exemple, si c'est une fille ou une veuve, et qu'elle vienne à se marier, le mandat prend fin par son mariage. Il en est de même si c'est un individu qui vient ensuite à être placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou prodigalité; car cette femme ou cet individu n'ont plus par eux-mêmes la capacité de s'obliger envers le mandant.

292. Mais, comme dans le cas où le mandat a cessé par une cause venant de la personne du mandant, les engagemens du mandataire dont le mandat est venu à cesser par une cause venant de sa personne, doivent, dans les cas ci-dessus, être exécutés à l'égard des tiers de bonne foi, c'est-à-dire à l'égard de ceux qui ont traité avec lui dans l'ignorance de la cessation de ses pouvoirs (art. 2009).

293. En cas de mort du mandataire, ses héritiers doivent en donner avis au mandant, et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci (art. 2010).

Cette obligation, fondée sur l'équité, et non dérivant, à proprement parler, du mandat, puisqu'il est fini, et que ce n'est d'ailleurs pas à eux qu'il avait été donné; cette obligation, disons-nous, n'est imposée qu'aux héritiers majeurs. Les mineurs ne peuvent être tenus de faire ce que les

circonstances exigeraient dans l'intérêt du mandant, car ils sont incapables, en général, de contracter, et de s'obliger, autrement que par leurs délits ou quasi-délits. C'est d'ailleurs ce que le Code lui-même décide en matière de tutelle : l'article 419 porte que la tutelle est une charge personnelle qui ne passe point aux héritiers du tuteur, que ceux-ci sont seulement responsables de la gestion de leur auteur, et, *s'ils sont majeurs*, tenus de la continuer jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur. Or, la raison est la même en matière de mandat.

TITRE XIV.

Du Cautionnement.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature et de l'étendue du cautionnement.

SOMMAIRE.

294. *Liaison du cautionnement avec le mandat.*
295. *Définition du cautionnement, qu'il ne faut pas confondre avec la novation ni avec la délégation.*
296. *Ni avec la simple dation d'un gage ou d'une hypothèque par un tiers.*

294. La liaison qui existe entre le cautionnement et le mandat a naturellement engagé les rédacteurs du Code à placer la première de ces matières immédiatement à la suite de la seconde. En effet, c'est ordinairement en exécution d'un mandat qu'a lieu le cautionnement; c'est en général à la prière du débiteur qu'un tiers veut bien répondre pour lui comme caution.

295. Suivant l'article 2011, « celui qui se rend « caution d'une obligation, se soumet envers le « créancier à satisfaire à cette obligation, si le « débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

Le cautionnement est donc la promesse de remplir l'obligation d'une autre personne, pour le cas où celle-ci ne la remplirait pas; c'est par conséquent une accession à l'obligation d'un autre, ce qui est exclusif de toute idée de novation de cette même obligation; car si, par l'effet de l'intervention d'un tiers, qui s'en chargerait, cette obligation ne devait plus subsister, parce que le créancier aurait déclaré décharger son débiteur, il est clair qu'il n'y aurait point de cautionnement, mais bien une novation; le second obligé le serait tout aussi principalement que

l'était le premier (art. 1271, nº 2). Ce cas ne peut présenter de difficulté.

Il en doit être de même de celui où un débiteur délègue son propre débiteur à son créancier, envers lequel le délégué s'oblige, quoique le créancier n'ait pas déclaré décharger son débiteur primitif. Bien que, dans ce cas, ce créancier conserve son action contre son débiteur (art. 1275), néanmoins le nouveau débiteur est plutôt obligé comme débiteur principal que comme caution : d'où nous concluons qu'il n'aurait pas le bénéfice de discussion, quand bien même il n'y aurait pas renoncé. Etant débiteur, ainsi que nous le supposons, envers le délégant, en payant la dette il se libérerait lui-même; en sorte qu'il n'y a aucun motif de lui accorder le bénéfice de discussion, puisque le délégant pourrait le poursuivre, à défaut du créancier.

Mais si, sans rien devoir à Paul, débiteur envers Jean, je consens, pour lui faire plaisir, à ce qu'il me délègue son créancier, envers lequel je m'oblige, et sans que ce dernier décharge Paul; comme, après avoir payé la dette, j'aurais un recours contre Paul, on doit regarder mon obligation comme une garantie, comme un cautionnement, plutôt que comme une obligation principale; et en conséquence je devrais pouvoir invoquer le bénéfice de discussion, si je n'y avais pas renoncé. Ce n'est point aux mots dont on s'est servi dans un acte qu'on doit s'attacher,

mais au fond des choses; or, puisque, dans l'espèce, il n'y a point de novation, et, en outre, que le délégué ne devant rien au délégant, il aurait son recours contre lui après avoir payé ma dette, il n'y a pas de raison pour ne pas voir en lui une caution, un garant.

296. Comme le cautionnement est l'engagement d'acquitter l'obligation d'un autre, pour le cas où celui-ci ne l'acquitterait pas, il est clair que, si un tiers se borne à donner un gage ou une hypothèque sur ses biens pour sûreté de mon obligation, il n'est point pour cela ma caution : il n'est point personnellement obligé, il n'y a que la chose qu'il a engagée au paiement de ma dette, qui se trouve affectée de l'engagement qu'il a pris, mais non sa personne; en conséquence, aucune action personnelle ne peut être dirigée contre lui à ce sujet, quoique je vinsse à ne pas remplir mon obligation.

Le tiers ne pourrait, de son côté, invoquer l'exception de discussion, pour s'opposer à la vente de l'immeuble qu'il a hypothéqué à la dette, non-seulement parce qu'il n'est point caution, mais encore parce que le bénéfice de discussion ne peut être opposé au créancier qui a un privilége ou une hypothèque spéciale sur l'immeuble dont il poursuit la vente (art. 2871).

297. Non-seulement le cautionnement peut

suivre ou accompagner l'obligation principale, mais il peut même être donné avant cette obligation, en ce sens toutefois qu'il est conditionnel; qu'il existera si l'obligation elle-même vient à exister. *Fidejussor et præcedere obligationem et sequi* (1) *potest*, porte le § 3, Instit. *de Fidejussoribus.*

Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, dit la loi 6, § *ult.* ff. *de Fidejuss. et Mandat. : ita tamen, et præcedens fidejussoris obligatio tùm demùm vires capiat, cùm et principalis obligatio, cujus accessio est, constituta est.*

Interim verò in pendenti esse obligationem fidejussoris. L. 35, ff. *de Judiciis. Neque fidejussorem antè conveniri posse quàm reus debeat.* L. 57, ff. *de Fidejuss.*

Par exemple, si je vous écris que, dans le cas où vous prêteriez telle somme à mon parent, j'en réponds, mon cautionnement existe dès que vous avez prêté la somme, et il n'y a pas besoin de le renouveler : il est aussi bon que si je l'avais donné lors du prêt, ou depuis.

Mais, en réalité, dans ce cas et autres sem-

(1) Au contraire, le *mandator pecuniæ credendæ* ne peut pas *suivre* l'obligation principale, il ne peut que la précéder, puisque le mandat ne peut pas être d'une chose déjà faite, mais bien seulement d'une chose à faire : d'où il suit que si je vous écris que Paul ayant besoin de mille écus, je vous prie de les lui prêter, et qu'au moment où vous recevez ma lettre vous ayez déjà prêté cette somme à Paul, je ne suis point garant du prêt que vous lui avez fait; le mandat est nul.

blables, le cautionnement, quoique donné avant que l'obligation principale ait été contractée, ne précède pas, dans ses effets, cette obligation; il l'accompage seulement, car, puisqu'il n'est qu'un accessoire, il ne peut pas subsister sans une obligation principale, et c'est cependant ce qui aurait lieu s'il avait des effets antérieurs à l'existence de l'obligation elle-même, en un mot, si la condition tacite sous laquelle il est contracté avait un effet rétroactif au jour où il a été donné; or, c'est ce qui répugnerait aux principes du Droit. D'où nous concluons que si la caution, dans ces cas, avait fourni une hypothèque sur ses biens, pour sûreté de son engagement, hypothèque que le créancier se serait empressé de faire inscrire, ce ne serait pas du jour de l'inscription, mais seulement du jour où l'obligation principale se serait réalisée, que le créancier serait censé avoir eu hypothèque: autrement l'hypothèque, qui n'est elle-même qu'un accessoire, serait, contre tous les principes, antérieure à l'obligation dont elle avait pour objet de garantir l'exécution, en considérant même celle de la caution, puisque cette dernière ne subsistait réellement pas avant l'obligation principale, étant conditionnelle de sa nature, et dans les obligations conditionnelles, *non est debitum pendente conditione, sed tantùm spes debitum iri;* § 4, de *Instit. de Verb. oblig.* Peu importe que le Code dise que la condition accomplie a un effet ré-

troactif au jour du contrat (art. 1179); cela ne peut être vrai que lorsqu'il y déjà obligation : or, il n'y avait en réalité aucun cautionnement avant l'existence de l'obligation principale; l'hypothèque serait donc *præpostère* si elle datait du jour où la caution a promis son cautionnement, quand l'obligation principale elle-même n'a été contractée que postérieurement; et c'est ce que les principes, encore une fois, n'admettent pas. C'est par ce motif que Gaïus, dans la loi 11, ff. *qui potiores*, etc., décide que, lorsque je vous ai promis de vous prêter à une certaine époque telle somme, pour laquelle vous me donnez dès à présent une hypothèque, et qu'ensuite vous empruntez d'une autre personne avec hypothèque sur le même bien, c'est cette personne qui a la priorité d'hypothèque, attendu qu'elle est devenue créancière avant moi, puisqu'elle a réellement prêté la première, la promesse de prêter que j'avais faite auparavant n'étant pas un prêt, ni un contrat quelconque; à la différence du cas où une hypothèque est donnée pour sûreté d'une obligation conditionnelle, et que la condition vient ensuite à s'accomplir : dans ce cas, l'hypothèque a rang du jour du contrat, et non pas seulement du jour de l'accomplissement de la condition. Même loi.

298. Le cautionnement peut être donné par acte authentique ou sous seing privé, par lettre, et même

verbalement, quelle que soit l'espèce d'engagement dont soit tenu le débiteur principal; mais dans le cas où il est donné verbalement, la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément aux règles sur cette preuve.

S'il est donné par acte sous signature privée, l'acte n'a pas besoin d'être fait en double original, encore qu'il accédât à un contrat produisant des obligations synallagmatiques, par exemple à l'engagement d'un vendeur ou d'un acheteur; car l'obligation de la caution envers celui auquel le cautionnement est fourni, est évidemment une obligation unilatérale, ce qui rend inapplicable à cette espèce d'acte, la disposition de l'article 1325. Mais il est soumis à celle de l'article 1326, sauf les cas d'exceptions exprimés dans ce même article.

Sur les effets de commerce, le cautionnement s'exprime ordinairement par ces simples mots, *à valoir*, d'où est venu, par abréviation, le mot *aval*.

299. Par rapport au créancier à titre onéreux, le cautionnement est aussi un acte à titre onéreux; mais généralement il est à titre gratuit par rapport au débiteur : à son égard, c'est un un bon office que lui rend la caution, et sans lequel peut-être il n'aurait pas trouvé à emprunter, ou à faire tout autre contrat.

300. Rien ne s'oppose, du reste, à ce que la

caution stipule un prix du débiteur pour son engagement, et c'est même ce qui arrive souvent dans les cautionnemens fournis par ceux qui s'obligent envers le gouvernement, pour certaines entreprises, telles que des fournitures ou des travaux à faire : le cautionnement, en pareil cas, se donne généralement en immeubles, sur lesquels le tiers propriétaire, qui s'oblige d'ailleurs comme caution, consent une hypothèque au profit de l'Etat, jusqu'à concurrence de la somme déterminée par l'administration ; et le tiers, pour prix de cette charge, stipule du débiteur un certain prix, ou une portion des bénéfices à faire sur l'entreprise.

301. Le cautionnement peut avoir lieu dans toute espèce de contrat, vente, échange, louage, société, dépôt, prêt, etc., etc. ; il peut même avoir lieu pour garantir l'exécution de l'obligation d'une caution (art. 2014), et, dans ce cas, la caution en sous-ordre s'appelle *certificateur de caution.* Cette sous-caution est souvent exigée dans les adjudications faites par l'administration, mais elle est rare dans les traités entre particuliers, parce qu'il est plus simple de demander deux cautions et d'exiger qu'elles s'obligent solidairement.

302. Mais puisque le cautionnement est la garantie de l'exécution d'une obligation, un accessoire par conséquent, il suit de là qu'il ne peut

exister que sur une obligation valable (art. 2012).

Si donc l'obligation est sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ou sans objet, ou sur un objet hors du commerce, ou d'une chose impossible, ou contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, le cautionnement intervenant sur une telle obligation est nul et de nul effet comme l'obligation elle-même; et par application de ce principe, le cautionnement donné pour un pari ou pour une dette de jeu de l'espèce de ceux pour lesquels la loi n'accorde pas d'action, est pareillement sans effet.

303. Et si l'obligation principale, sans être nulle de droit, est néanmoins susceptible d'être annulée pour vice de violence, d'erreur ou de dol, le cautionnement n'est pas absolument nul, il est vrai, mais la caution peut faire valoir l'exception de violence, d'erreur ou de dol que le débiteur lui-même peut opposer au créancier (1), (art. 2036), ainsi que nous l'expliquerons plus loin avec plus d'étendue.

304. Quoique le cautionnement ne puisse exister que sur une obligation valable, néanmoins on peut très-bien cautionner une obligation encore qu'elle pût être annulée par une exception

(1) L. 7, § 1, ff. *de Except. præscript. et præjud.*

purement personnelle au principal obligé; par exemple, dans le cas de minorité (art. 2012).

305. Cela s'applique, par conséquent, au cautionnement de l'obligation d'une femme mariée non dûment autorisée; car, dans le Droit actuel, et d'après les articles 225 et 1125, l'exception de nullité résultant du défaut d'autorisation maritale ne peut être invoquée que par la femme, le mari et leurs héritiers, et non par ceux qui ont contracté avec la femme, ou qui se sont obligés pour elle. C'est là une exception personnelle dans le sens de l'article 2012, qui ne donne que comme un exemple le cas de minorité.

306. Il faut en dire autant même du cautionnement de l'obligation d'un interdit, nonobstant la disposition de l'article 502, portant que tous actes passés par l'interdit, postérieurement au jugement d'interdiction, sont nuls de droit, combinée avec celle de notre article 2012, qui décide que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. En effet, l'obligation d'un interdit n'est nulle de droit qu'en ce sens que, pour en faire prononcer l'annulation, l'interdit n'a pas besoin d'autre chose, si ce n'est de justifier que cette obligation a été consentie depuis l'interdiction, et d'agir à cet effet dans le délai de droit, sans être obligé pour cela d'établir aucune lésion. Mais elle est si peu nulle de droit dans un sens

absolu, que l'interdit seul et ses héritiers peuvent en demander la nullité, et non ceux avec lesquels il a traité (art. 1125) ; et, pour cela, il doit agir dans le délai fixé par l'article 1304. Or, si l'obligation était nulle de droit dans un sens absolu, comme une obligation sans cause ou sur une cause illicite, il ne serait pas nécessaire d'agir dans les dix ans pour en faire prononcer l'annulation, cela serait superflu ; et ce ne serait pas seulement une des parties qui pourrait invoquer la nullité, toutes deux le pourraient également. L'obligation de l'interdit n'étant donc susceptible d'être annulée que sur le fondement d'une exception purement personnelle, résultant du défaut de capacité de contracter (art. 1124), comme dans le cas d'engagement d'une femme mariée non autorisée, il s'en suit que le cautionnement de cette obligation est valable, conformément à la seconde disposition de notre art. 2012. C'était aussi la décision de Domat, qui donnait, en outre, cette raison, qu'il est à croire que celui qui a traité avec un interdit, ne l'a fait qu'en considération du cautionnement du tiers, et la bonne foi ne permet pas que celui-ci puisse se jouer de son engagement, engagement que l'on peut, en quelque sorte, considérer comme principal dans l'espèce.

Toutefois, si celui qui a cautionné l'interdit ignorait l'interdiction, et que le créancier la connût et ne l'en eût point averti, la caution pourrait

se faire, de cette circonstance, une exception de mauvaise foi, pour repousser l'action dirigée contre elle.

307. Dans les cas ci-dessus, et sauf la modification dont nous venons de parler, l'engagement de la caution est donc obligatoire, et celle-ci, après avoir payé, n'a de recours contre le mineur, la femme ou l'interdit, que jusqu'à concurrence de ce dont ceux-ci ont profité de l'engagement principal, et à la charge par elle d'en faire la preuve, par argument de l'article 1312.

308. Quand nous disons que le cautionnement de l'obligation d'un mineur est valable, cela est vrai sans distinction entre le cas où le mineur était en tutelle et le cas où il était émancipé au temps de l'engagement, et sans distinction non plus à raison de l'espèce d'affaire qui a eu lieu, fût-ce, par exemple, une vente d'immeubles faite par le mineur, ou une transaction; mais sous un autre rapport, il est besoin de distinguer.

En effet, si celui qui a traité avec le mineur l'a circonvenu et trompé, comme l'obligation, dans ce cas, n'est pas seulement annulable sur le fondement d'une exception purement personnelle au principal obligé, qu'elle l'est aussi sur le fondement du dol du créancier, la caution, à moins qu'elle n'ait donné son cautionnement en parfaite connaissance de cause, peut invoquer l'exception

de dol, quoique le mineur crût devoir se retrancher dans celle de minorité, comme étant d'un succès plus facile; car l'exception de dol est réelle, et les exceptions de cette nature peuvent être invoquées par la caution comme par le débiteur lui-même, suivant l'article 2036 déjà cité. C'est la décision formelle de plusieurs lois romaines, qui distinguent soigneusement entre le cas où le mineur se fait relever de son engagement *tanquàm læsus*, et le cas où il se fait relever *tanquàm circumventus deceptusque*. Voyez, à cet égard, la L. 7, § 1, ff, *de Except. et præscrip.*, et la L. 2, Cod. *de Fijuss. et mandatoribus.*

D'après cette distinction, fondée sur les vrais principes, si un mineur émancipé, dont l'engagement a été cautionné, a obtenu, en vertu de l'article 484, une réduction de son obligation, il importe de voir par quels motifs il l'a obtenue. Si c'est en considération de sa fortune ou de l'inutilité des dépenses, la caution ne peut pas en profiter; mais si c'est en raison de la mauvaise foi de la personne qui a traité avec lui, et que le jugement fasse positivement mention de cette circonstance, la caution peut invoquer l'exception, ou, en d'autres termes, cette réduction. La raison de cette différence est que, dans le premier cas, l'exception est fondée sur des causes purement personnelles au mineur, principal obligé; au lieu que dans le second, elle est fondée sur quelque chose qui tient à l'obligation elle-même; c'est une

exception *in rem*, que, par conséquent, le fidéjusseur aussi peut invoquer.

309. Quant à la capacité de la caution elle-même, on suit à cet égard les règles générales sur la capacité de s'obliger; et les femmes peuvent aujourd'hui cautionner valablement, pourvu, si elles sont mariées, qu'elles soient dûment autorisées de leur mari. Au lieu que, dans le Droit romain, les femmes, filles, veuves ou mariées, ne pouvaient s'obliger pour autrui : le sénatus-consulte Velleïen, le leur défendait, *ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiœ earum convertatur.* Elles ne pourraient pas plus cautionner leur mari qu'un tiers, et il en était ainsi dans quelques-unes de nos provinces, où ce sénatus-consulte était observé, notamment en Normandie.

310. Mais quoiqu'une femme mariée avant le Code l'ait été sous l'empire d'une coutume où le sénatus-consulte Velleïen était en vigueur, le cautionnement qu'elle a donné depuis qu'il a cessé d'avoir force de loi, et avec l'autorisation du mari, est valable, s'il n'est nul pour autre cause. C'est ce qu'a jugé mainte fois la Cour de cassation, au sujet du cautionnement d'une femme normande mariée avant le Code civil, et dont l'engagement était postérieur à la publication du Code (1); attendu que ce n'est là qu'une question

---

(1) *Vide* tome 1er, n° 54, où nous citons les arrêts de la Cour de cassation des 7 août 1810, et 12 juin 1815.

de capacité de s'obliger, et que la loi nouvelle peut attribuer cette capacité à ceux qui ne l'avaient pas, comme elle peut l'ôter à ceux qui l'avaient, sans qu'on puisse pour cela l'accuser de rétroactivité, le propre des lois qui régissent la capacité des personnes étant de saisir les individus, et pour l'avenir, de la capacité qu'elles déterminent.

311. Puisque le cautionnement est une obligation accessoire, il est naturel qu'il ne puisse excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses; au lieu qu'il peut fort bien l'être pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses (art. 2013).

Ainsi, la caution ne peut valablement promettre de payer une somme plus forte que celle que doit le débiteur;

Elle ne peut pas s'obliger à payer à un terme plus rapproché que celui qui a été accordé à ce dernier;

Ni à payer des denrées dans un lieu où elles vaudraient plus qu'elles ne valent dans le lieu où le débiteur devrait les payer;

Ni s'obliger à payer des intérêts quand le débiteur n'en devrait pas, ou à payer des intérêts plus forts que ceux que devrait le débiteur;

Ni se soumettre à une clause pénale à laquelle le débiteur ne serait pas soumis;

Ni s'obliger purement et simplement quand le débiteur serait obligé seulement sous condition.

Dans tous ces cas, la caution serait obligée à quelque chose de plus que le débiteur principal, et cela serait contraire à la nature du cautionnement, puisque l'accessoire ne peut pas surpasser le principal.

Mais rien n'empêche que la caution ne soit liée plus étroitement que le débiteur; par exemple elle peut être soumise à la contrainte par corps quoique le débiteur n'y fût pas soumis; et c'est ce qui arrive journellement dans les cas de cautionnement fourni en exécution d'un jugement. Le créancier peut exiger que la caution se soumette à la contrainte (art. 2040), tandis que le débiteur principal, par exemple une femme ou une fille, n'y serait point soumis (1).

La caution peut aussi fournir un gage ou une hypothèque, tandis que le débiteur n'en fournirait pas. Cela, en effet, n'augmente point l'étendue de son obligation, qui reste toujours, au fond, mesurée sur celle du débiteur. Ce ne sont pas là *des conditions plus onéreuses* dans le sens de

---

(1) M. Treilhard, en présentant au Corps législatif le projet de loi sur le cautionnement, disait toutefois : « Comment la caution serait-« elle contraignable par corps quand le débiteur principal lui-même « ne serait pas soumis à cette exécution rigoureuse ? »

Mais nous n'y voyons pas d'obstacle, pourvu que la loi autorisât la caution à se soumettre à la contrainte.

notre article 2013, ce sont simplement des sûretés.

312. Au surplus, le cautionnement qui excéderait la dette ou qui serait contracté sous des conditions plus onéreuses, ne serait point nul pour cela; il serait seulement réductible à la mesure de l'obligation principale *(ibid)*.

313. Si la caution s'était obligée sous deux conditions alternatives, quand le débiteur ne le serait que sous l'une de ces conditions, il est clair que le cautionnement serait plus onéreux que l'obligation principale, et par conséquent qu'il serait réductible à la mesure de cette obligation. Par exemple, si la caution s'était obligée au cas où un tel serait nommé préfet ou ambassadeur, tandis que le débiteur s'est obligé seulement au cas où le même individu serait nommé ambassadeur, la caution ne serait tenue qu'autantque cet individu serait nommé ambassadeur, et non dans le cas où il serait nommé préfet. Au lieu que si c'était le débiteur qui se fût obligé sous cette double condition alternative, et la caution sous l'une de ces conditions seulement, l'accomplissement de l'une d'elles réaliserait bien l'obligation principale, mais pour que celle de la caution se réalisât aussi, il serait nécessaire que l'événement prévu pour le cautionnement vînt luimême à s'accomplir.

Si la dette est contractée avec une condition

complexe, *putà, si tel navire arrive dans le port de Marseille avec telle cargaison*, et que le cautionnement soit sous cette condition simple; *si ce vaisseau arrive dans le port de Marseille*, il n'y aura de cautionnement qu'autant que le vaisseau arrivera dans le port avec sa cargaison, parce que sans cela il n'y aurait pas de dette. Et si l'on renverse la proposition, l'arrivée du vaisseau dans le port indiqué réaliserait bien l'obligation principale, mais pour qu'il y eût cautionnement, il faudrait que le navire arrivât dans le port avec sa cargaison.

Ainsi encore, si le débiteur s'est obligé au cas où tel vaisseau rentrerait dans l'année dans le port de Marseille, et la caution au cas où elle serait nommée à tel emploi, il faut, pour qu'elle soit tenue, non-seulement que la condition mise à l'obligation principale se réalise, mais encore que celle mise à son cautionnement s'accomplisse; en sorte que si cette dernière seulement s'accomplissait, il n'y aurait ni obligation principale, ni cautionnement par cela même; et si la première seulement se réalisait, il n'y aurait que l'obligation principale. D'où il est clair que tout cautionnement d'une obligation conditionnelle est virtuellement conditionnel lui-même, et sous la même condition.

314. Dans le cas où le débiteur se serait obligé à livrer telle chose ou telle autre, sous une alter-

native, à son choix, et que la caution se serait obligée quant à l'une de ces deux choses seulement, *quid juris?* D'une part, on peut dire que l'obligation de la caution serait plus onéreuse en ce que cette caution n'aurait pas le choix, comme le débiteur, de payer l'une ou l'autre des choses promises par celui-ci. Mais, d'un autre côté, la perte par cas fortuit de la chose promise par la caution la libérerait entièrement, tandis qu'elle ne libérerait pas le débiteur, qui devrait livrer l'autre chose (art. 1193). Et en renversant l'espèce, l'obligation de la caution semblerait moins onéreuse que celle du débiteur principal, puisque la caution aurait le choix de payer l'une ou l'autre chose; et plus onéreuse, en ce que la perte de l'une des deux choses ne la libérerait pas, tandis que la perte de celle-là seulement qui a été promise par le débiteur, le libérerait complètement. Nous croyons qu'on doit décider, dans la première hypothèse, que la caution aura, comme le débiteur, le choix de se libérer par la délivrance de l'une des deux choses promises par celui-ci, parce qu'une caution doit toujours pouvoir se libérer par le paiement de ce que peut payer le débiteur lui-même; et toutefois elle a aussi l'avantage, attaché à sa propre obligation, d'être libéré par la perte de la chose qu'elle a promise. Et dans la seconde hypothèse, non-seulement elle pourrait payer l'une ou l'autre des choses qu'elle a promises, mais, de plus, elle se-

rait libérée par la perte de celle due par le débiteur; elle ne devrait point l'autre.

315. Voilà pour le cas où la caution s'est obligée à quelque chose de plus ou de moins que ce que devait le débiteur; mais si l'on suppose que, lorsque Paul étant obligé envers Pierre à faire ou à donner telle chose, Pierre stipule de Jean une chose différente, par exemple, une certaine somme, au cas où Paul ne ferait pas ou ne donnerait pas ce qu'il a promis, il ne faut pas voir là un cautionnement, car il est de principe que, non-seulement la caution ne peut pas être obligée en plus que le débiteur, mais aussi qu'elle ne peut pas l'être à quelque chose de différent (1), valant moins ou valant plus, n'importe, puisque l'obligation de la caution est l'accessoire d'une obligation principale, et non une obligation différente.

Mais cet engagement ne vaut-il pas comme obligation principale conditionnelle, comme novation sous condition, comme expromission? Nous le pensons, et, en conséquence, quand bien même ce que Jean a promis vaudrait plus que ce que Paul s'était obligé de faire ou de donner, Jean ne serait pas moins obligé, le cas échéant, à le payer. Il est clair, en effet, que Pierre, dans l'espèce, a stipulé de Jean d'une manière *princi-*

---

(1) *Vide* LL. 42 et 70, § 2, ff. *de Fidejuss. et mandatoribus.*

pale, et non pas *fidejussoriâ causâ*, puisque c'est tout autre chose que ce qui lui était dû par Paul. A la vérité, comme en matière de cautionnement, il l'a stipulé au cas où Paul ne lui paierait pas ce qu'il lui avait promis, mais, dans la pensée des contractans, ce n'était là qu'une simple condition apposée à l'obligation de Jean, qui était, non une obligation accessoire à celle de Paul, mais une obligation différente, une obligation principale conditionnelle, une expromission ou novation sous condition, et voilà tout : d'où il suit que Jean, tout en payant ce qu'il a promis, ne serait pas subrogé de plein droit à l'action de Pierre contre Paul, parce qu'il ne pourrait pas dire qu'il était tenu pour d'autres ou avec d'autres de payer ce qu'il a payé, car il en était seul tenu, le cas échéant; il aurait donc besoin, pour exercer cette action, d'y être subrogé conventionnellement par Pierre.

316. Généralement, ainsi que nous l'avons dit, le cautionnement est le résultat d'un mandat donné par le débiteur à la caution, de vouloir bien répondre pour lui, mais on peut toutefois se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu (art. 2014). On peut même le cautionner malgré sa défense; car, comme je puis très-bien payer votre dette malgré vous, et même malgré votre créancier (1);

(1) Voyez tome XII, n° 16 et 18.

par la même raison, si celui-ci, au lieu de recevoir de moi son paiement, veut bien accepter mon cautionnement, mon obligation est valable à ce titre, et je serai tenu envers lui comme si je vous avais cautionné de votre aveu, ni plus ni moins.

Dans le cas où le cautionnement a été donné de l'ordre du débiteur, la caution qui a payé a contre celui-ci l'action de mandat, *actio mandati contraria*, sans parler de la subrogation légale aux droits du créancier, en vertu des articles 1251 et 2029.

Lorsqu'elle a cautionné à l'insu du débiteur, elle a contre lui l'action dite en Droit *negotiorum gestorum*, pour recouvrer ses déboursés, et aussi la subrogation légale aux droits du créancier, en vertu de ces mêmes articles, qui ne distinguent pas.

Il en est de même du cas où elle a cautionné au su du débiteur, mais sans son ordre : aux termes de l'article 1373, ce n'est, sous le Code, qu'un simple cas de gestion d'affaires, et non de mandat proprement dit. Du reste, si le cautionnement a éte donné par le même acte que celui par lequel le débiteur s'est obligé, l'on doit y voir un cautionnement donné en exécution d'un mandat, quand bien même il ne serait pas dit dans l'acte que la caution s'est obligée de l'ordre ou à la prière du débiteur; cela se présumerait.

317. Enfin, *quid* si c'est malgré la défense expresse du débiteur que la caution s'est obligée? Justinien, dans la loi dernière au Code, *de Negotiis gestis* (1), décide que, lorsqu'une personne s'est mêlée des affaires d'une autre malgré sa défense expresse, elle n'a point d'action contre le maître, encore qu'elle ait amélioré sa chose; que l'action *negotiorum gestorum* cesse dans ce cas. Il a voulu mettre un frein à l'indiscrétion de ceux qui se mêlent des affaires d'autrui, souvent par des motifs peu bienveillans. En thèse générale, sa décision, comme fondée sur des raisons qui ne sont pas sans force, devrait être suivie dans notre Droit, et par conséquent celui qui a cautionné un débiteur malgré lui n'aurait pas l'action de gestion d'affaires contre lui. Mais, d'une part, rien ne peut empêcher que le créancier, en recevant de cette caution son paiement, ne la subroge à ses droits et actions contre le débiteur, puisqu'il peut, en vertu de l'article 1250, subroger quiconque lui fait le paiement. En second lieu, comme cette caution, par l'effet de son cautionnement, était tenue pour un autre, elle se trouve placée dans le cas prévu par la loi pour la subrogation légale (art. 1251, n° 3), peu importe qu'elle ait cautionné malgré le débiteur, car,

(1) Où il tranche une controverse qui s'était élevée parmi les jurisconsultes à ce sujet. Voyez ce que nous avons dit au tome XII, n° 19, et les textes qui y sont cités.

comme nous venons de le démontrer, elle n'en était pas moins valablement obligée, elle n'était pas moins *tenue pour un autre :* elle a donc la sobrogation légale.

On objectera peut-être qu'en raison de cette subrogation, la question de savoir si la caution a ou non personnellement, et de son chef, une action contre le débiteur, est tout-à-fait sans intérêt; mais nous répondons que, dans quelques cas, au contraire, elle en peut présenter. Supposez, en effet, qu'au moment où la caution voudrait exercer son recours contre le débiteur, l'action du créancier se trouvât prescrite; il est clair que si la caution n'a pas d'autre action contre lui, elle ne pourra recouvrer le montant de ses déboursés; au lieu que si elle avait cautionné de l'ordre du débiteur, elle aurait du moins l'action de mandat.

318. Le cautionnement ne se présume point : il doit être exprès, et on ne peut l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté (art. 2015).

Le cautionnement ne se présumant pas, il faut tirer de là la conséquence que, si j'écris simplement à quelqu'un qu'il peut prêter à M. un tel la somme dont il a besoin, que c'est un honnête homme, qui mérite qu'on lui rende service, je ne suis pas pour cela censé avoir voulu me rendre caution du prêt, mais seulement avoir voulu faire

une recommandation. Toutefois, comme nous l'avons dit *suprà*, en traitant du *mandat*, nos 2002 et 2003, la solution de la question dépendrait beaucoup des termes de la lettre, et des circonstances particulières de l'affaire.

319. Il suit aussi de notre principe que, si une femme mariée emprunte une somme, et que son mari intervienne à l'acte pour l'autoriser, celui-ci ne doit pas être regardé comme caution, sans une déclaration expresse de sa part; sauf, si les époux étaient mariés en communauté, l'application de l'article 1419, suivant lequel les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la communauté, ou l'indemnité due au mari. Mais, dans ce cas, le mari n'est point obligé comme caution, il l'est *principaliter*.

320. Et comme le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, il suit de là que si j'ai cautionné un fermier *pour le paiement de ses fermages*, sans autre explication, je ne suis pas garant des indemnités qu'il pourrait se trouver devoir au bailleur pour dégradations, pour défaut de réparations locatives, ou pour l'incendie dont il serait responsable; et s'il y avait eu tacite réconduction, mon

cautionnement ne s'étendrait point aux obligations qui en résulteraient (art. 1740).

Par application du même principe, si je cautionne Paul au sujet d'un prêt que lui fait Pierre, en déclarant que je m'oblige à rembourser la somme prêtée, au cas où Pierre ne la rembourserait pas, je ne suis point garant des intérêts que Paul aurait promis, quoiqu'il les eût promis par le même acte; car mon cautionnement, en s'attachant aux termes dans lesquels il est conçu, ne s'applique qu'à la somme prêtée, et non aux intérêts convenus entre le prêteur et l'emprunteur.

321. Mais le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution (art. 2016).

Et en effet, la caution, dans ce cas, cautionnant l'obligation sans rien spécifier, et sans limitation ni restriction, elle a évidemment entendu la cautionner dans toutes ses conséquences; d'après cela, dans l'espèce précédente, si elle s'est rendue purement et simplement caution de l'emprunteur, elle est censée avoir cautionné aussi les intérêts convenus dans l'acte de prêt; et dans le cas où elle a cautionné l'exécution d'un bail, elle a par cela même cautionné, non-seulement le paiement des fermages ou loyers, mais aussi toutes les obligations du fermier ou du locataire, et ré-

sultant de ce bail, mais non toutefois celles résultant de la tacite réconduction.

Quant aux frais de la première demande formée contre le débiteur, la caution en est tenue, par la raison que le créancier, s'il n'a pas un titre en forme exécutoire, est réduit à la nécessité de la former pour être payé, s'il ne l'est pas de gré à gré : mais pour les frais postérieurs à cette demande, et antérieurs à la dénonciation à la caution, celle-ci n'en est pas tenue, vu qu'elle aurait peut-être payé si on lui avait fait la dénonciation, et il n'était pas juste qu'une caution pût être écrasée de frais à son insu.

322. Les engagemens des cautions passent à leurs héritiers, porte l'article 2017, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée.

L'engagement d'une caution n'ayant rien de particulier qui pût le faire regarder comme étant une de ces obligations exclusivement attachées à la personne du débiteur, on n'aperçoit pas, au premier coup-d'œil, la raison qui a pu porter les rédacteurs du Code à penser qu'il était utile de déclarer expressément qu'il passerait aux héritiers de la caution; le principe général que nous stipulons ou promettons pour nos héritiers comme pour nous-mêmes, paraissait en effet devoir rendre superflue cette disposition : il suffisait de déclarer que les héritiers ne seraient point passibles

de la contrainte par corps, dans le cas où la caution y était soumise. Mais ils ont puisé les règles de la matière dans les ouvrages des auteurs, qui eux-mêmes avaient pris leurs décisions dans le Droit romain, et le § 2, Instit. *de Fidejussoribus*, dit pareillement que *fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum;* or, comme les Institutes de Justinien ont été généralement prises dans celles de Gaïus, où cette disposition existait aussi, on s'explique comment elle se trouve dans le Code civil; car Gaïus avait cru devoir avertir que l'engagement du fidéjusseur passait à ses héritiers, parce que, dans l'ancien Droit romain, l'obligation de l'espèce de fidéjusseur qu'on appelait *sponsor* ne passait pas aux siens : il était tout personnel.

323. Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter, qui ait un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et dont le domicile soit dans le ressort de la Cour royale où elle doit être donnée (art. 2018); et lorsqu'il s'agit d'une caution judiciaire, la caution doit, de plus, être susceptible de la contrainte par corps (art. 2040). Mais nous reviendrons sur ce point plus bas.

324. Les conditions exigées par l'article 2018 ne sont toutefois pas requises lorsqu'il s'agit d'une caution promise par un contrat, et que la

personne a été désignée dans l'acte, soit par le créancier, soit par le débiteur lui-même, et, dans ce dernier cas, lorsqu'elle a été librement agréée par le créancier, sans fraude de la part du débiteur; car, le créancier devrait s'imputer d'avoir agréé cette personne : il devait en exiger une autre, ou se contenter de stipuler une caution sans désignation d'une personne quelconque.

325. Si la caution qui n'a point été désignée dans le contrat, mais qui cependant a été reçue par le créancier, ou celle qui a été donnée en vertu d'une disposition de la loi ou de jugement, vient ensuite à transporter son domicile hors du ressort de la Cour royale où elle a été reçue, le créancier est-il en droit d'en exiger une autre, ainsi qu'il le pourrait, d'après l'article 2020, si cette caution était devenue insolvable depuis son engagement?

Le motif de la loi, en voulant que le débiteur obligé à fournir une caution soit tenu d'en fournir une qui ait son domicile dans le ressort de la Cour royale où elle doit être reçue, étant évidemment d'éviter au créancier, en cas de non paiement, le désavantage d'être obligé d'aller plaider au loin avec cette caution, il nous paraît évident que le créancier n'aurait point à se plaindre de ce changement de domicile, si, dans l'acte de cautionnement, la caution avait fait élection de domicile dans un lieu situé dans le

ressort de la Cour royale où elle a été donnée, à son domicile réel ou ailleurs, n'importe, ou si aujourd'hui elle faisait élection de domicile dans un lieu du ressort de la Cour royale; car elle pourrait être poursuivie à ce domicile élu comme à son nouveau domicile (art. 111, Cod. civ., et 59, Cod. de procéd.). Mais si cette élection de domicile n'existe pas, comme la caution devrait être poursuivie devant le juge de son nouveau domicile, il est clair que l'une des conditions exigées par la loi n'existe plus, que l'attente du créancier se trouve trompée, et, d'après cela, qu'il peut dire que c'est comme si la caution qui lui a été fournie n'avait pas eu son domicile dès le principe dans le ressort de la Cour royale où elle a été reçue, auquel cas, assurément, on ne pourrait point nier que le débiteur n'a pas suffisamment rempli son obligation en fournissant une telle caution. C'est en effet la même chose pour le créancier. Sans doute, si cette caution, qui a changé de domicile depuis son engagement, consentait, à la demande du débiteur ou du créancier, à faire élection de domicile dans un lieu du ressort de la Cour royale où elle a été reçue, le créancier ne devrait pas être écouté dans sa demande d'une autre caution; mais si elle n'y consent pas, il nous semble, quelque rigoureuse que soit cette décision, que le débiteur peut être obligé à en fournir une autre. Il est bien vrai que l'insolvabilité dans laquelle

est tombée la caution depuis le cautionnement est un fait d'une importance bien plus grave pour le créancier, que le simple changement de domicile de cette caution, et que c'est peut-être pour cette raison que l'article 2020 fait résulter du premier de ces faits le droit, pour le créancier, d'exiger une autre caution, tandis que cet article ne s'explique pas sur la conséquence qu'il y a à tirer du second; mais nous répondons que son silence à cet égard ne peut fournir qu'un de ces argumens négatifs, généralement peu concluans, et que, bien que le changement de domicile de la caution ait assurément des conséquences bien moins graves pour le créancier, que l'insolvabilité de cette caution, néanmoins on ne peut disconvenir que la loi n'ait attaché aussi de l'importance à son domicile dans le ressort de la Cour royale où elle est reçue, puisqu'elle en a fait formellement une des conditions que doit réunir cette caution pour que le créancier soit tenu de l'accepter : or, si la caution, on le répète, s'en va transporter son domicile au loin, en pays étranger peut-être, n'est-ce pas la même chose pour le créancier que si on lui en avait fourni d'abord une domiciliée hors du ressort de cette Cour? absolument. En vain dirait-on aussi que le créancier a pu prévoir ce changement de domicile, nous répondrions que ce changement ne se présumait pas; et puis d'ailleurs cette objection serait inapplicable aux

cas où la caution était due en vertu de la loi ou de jugement. Inutilement aussi dirait-on qu'il devait stipuler une élection de domicile dans l'acte de cautionnement, ou faire ses réserves, dans l'obligation principale, que le débiteur serait tenu de donner une autre caution, au cas où celle qu'on lui présenterait viendrait ensuite à transporter son domicile dans le ressort d'une autre cour ; nous répondrions également que cette objection ne peut être faite dans le cas d'un cautionnement dû en vertu de la loi ou de jugement ; et dans ceux d'une promesse de caution, le créancier n'était pas en droit d'exiger, dans l'acte de cautionnement, une élection de domicile de la caution : ce n'est point une des conditions établies par notre article 2018. Et quant au défaut de prévoyance d'avoir fait ses réserves dans le contrat principal, il peut répondre qu'il n'avait pas besoin de faire ses réserves en présence de cet article, qui lui faisait connaître les conditions qui devaient se trouver dans la caution. Ainsi, suivant notre opinion, le créancier, dans ce cas, est fondé à demander une autre caution.

326. La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique ; car les meubles pourraient facilement être détournés ou aliénés, et les tiers qui

les posséderaient ne pourraient en être évincés, à cause de la règle en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279).

On n'a point égard non plus aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement de leur situation (artr 2019).

On ne doit pas non plus avoir égard aux immeubles dont la propriété serait résoluble dans la main de la caution, ni à ceux qui seraient couverts d'hypothèques, car ils ne présenteraient pas plus de sûreté au créancier que des immeubles litigieux, et dans beaucoup de cas, ils lui en présenteraient même moins. Il faut des immeubles libres. S'ils sont grevés d'hypothèques jusqu'à concurrence d'une partie seulement de leur valeur, on a égard au surplus. S'ils sont grevés de droits d'usufruit ou d'usage, on les estime en conséquence. Et il n'est pas nécessaire, pour que tel immeuble possédé par la caution puisse être regardé comme litigieux, qu'il y ait déjà procès commencé, relativement à cet immeuble, entre la caution et un tiers; l'article 1701, par argument, ne serait pas nécessairement applicable à ce cas; il suffirait que le droit de la caution fût réellement incertain, parce que celle-ci aurait juste sujet de craindre d'être troublée par une action en revendication de la part d'un tiers, ce qui, en cas de contestation, serait apprécié par les tribunaux, ainsi qu'ils sont obli-

gés de le faire dans le cas prévu à l'article 1653.

327. Quant à l'éloignement de la situation des immeubles, il est clair qu'on n'a pas entendu par là la circonstance que les biens seraient situés hors du ressort de la Cour royale où la caution doit être reçue, car on l'aurait dit, comme on l'a dit au sujet du domicile de la caution, et comme on l'a dit aussi relativement aux biens que doit indiquer la caution qui requiert le bénéfice de discussion, biens qui, d'après l'article 2023, doivent être situés dans le ressort de la Cour royale où le paiement doit être fait. Mais, d'un autre côté, on n'a pas non plus entendu par là les biens seulement qui seraient situés dans les pays étrangers ou dans les colonies; on s'en serait aussi expliqué. A vrai dire, d'après l'uniformité de nos formes de procédure sur l'expropriation forcée des immeubles, dans toute la France, les biens situés dans tel département ne sont pas d'une discussion plus difficile que ceux situés dans un autre département; mais on a eu en vue la longueur des voyages que le créancier aurait à faire pour poursuivre l'expropriation forcée de biens situés dans un lieu fort éloigné du ressort de la Cour royale où la caution doit être donnée, quoiqu'en France, et c'est ce qu'on a voulu prévenir. C'est donc un point laissé à l'arbitrage du juge.

328. Le débiteur obligé à fournir une caution

en vertu de la loi ou de jugement, ou à raison d'une promesse, est bien tenu d'en présenter une qui soit solvable, et dont la solvabilité consiste, en général, en propriétés foncières; mais il n'est pas tenu d'en présenter une qui veuille bien soumettre ses immeubles à une hypothèque pour sûreté de la créance, à moins d'une disposition spéciale dans le jugement qui ordonnerait de la fournir, ou d'une convention particulière dans la promesse : l'article 2018 n'exige rien de semblable, et ce serait une condition qui, dans beaucoup de cas, empêcherait une personne de trouver une caution. A la vérité, il pourra arriver que celle qui sera donnée grève ensuite ses immeubles d'hypothèques, et détruise ainsi les sûretés que la loi avait voulu procurer au créancier; mais si cela a lieu, et qu'en effet la caution soit réellement devenue insolvable, le créancier sera en droit d'exiger une autre caution, à moins que celle qui lui aurait été fournie ne l'eût été en vertu d'une convention par laquelle il aurait exigé cette même personne pour caution. C'est ce que porte l'article 2020, ainsi conçu :

« Lorsque la caution reçue par le créancier, « volontairement ou en justice, est ensuite de- « venue insolvable, il doit en être donné une « autre.

« Cette règle reçoit exception dans le cas seu- « lement où la caution n'a été donnée qu'en « vertu d'une convention par laquelle le créan-

« cier a *exigé* une telle personne pour caution. »

La première de ces dispositions prouve donc en faveur de notre opinion, que, en thèse générale, le débiteur n'est pas obligé de présenter une caution qui veuille bien consentir à hypothéquer ses biens au créancier, puisque, s'il en était ainsi, celui-ci ne manquerait pas de l'exiger, et il n'aurait point à craindre l'insolvabilité qui pourrait venir atteindre la caution.

329. Mais puisque la solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, et, comme nous l'avons dit, eu égard à ses propriétés libres, il est clair que la sûreté que la loi a cherchée pour le créancier dans l'existence de ces mêmes propriétés, disparaît si la caution les couvre d'hypothèques au profit des tiers; car alors c'est la même chose pour le créancier que si elle eût eu ses biens grevés au temps de l'acte de cautionnement, et, d'après cela, il paraît bien fondé à en exiger une nouvelle. Toutefois, comme il s'agirait là d'une question d'insolvabilité réelle, et que toute constitution d'hypothèque ne suffirait pas pour qu'on pût dire avec vérité que la caution est devenue insolvable relativement au créancier, nous pensons qu'il y aurait lieu de décider cette question d'après les faits et circonstances, et surtout en considérant la cause des hypothèques. En effet, si c'est une hypothèque légale par suite

du mariage de l'individu qui s'est rendu caution, ou par suite de l'acceptation d'une tutelle, comme une telle hypothèque ne détruirait pas sa solvabilité réelle, du moins généralement, le créancier, qui voudrait en faire le fondement d'une demande d'une nouvelle caution, devrait, en général, être repoussé. Mais si la caution, au lieu de payer ses dettes, laisse prendre des jugemens contre elle, ou si, en faisant des emprunts, elle couvre ses biens d'hypothèques, le créancier est en droit de se plaindre et d'exiger une autre caution, à moins, comme il vient d'être dit, que celle qui a été fournie, ne l'ait été en vertu d'une convention par laquelle il a exigé telle personne pour caution; car alors il devrait s'imputer d'avoir exigé cette personne. Mais, s'il ne l'a que simplement reçue (1), il peut demander une autre caution, lorsque la première est devenue insolvable depuis l'acte de cautionnement.

---

(1) Cela n'est pas contraire à ce que nous avons dit sur l'article 2018, n° 234, *suprà*, car il est clair que le créancier qui a accepté, dans le contrat ou promesse de fournir caution, telle personne déterminée, ne peut pas se plaindre ensuite de ce que cette personne ne serait pas domiciliée dans le ressort de la Cour royale où elle doit être reçue, ni de ce qu'elle ne serait pas suffisamment solvable, sauf les cas de surprise et de fraude; car pourquoi l'a-t-il acceptée? Mais lorsque cette caution, reçue volontairement par le créancier, ainsi que le suppose l'article 2020, *devient ensuite insolvable*, il en doit être fourni une autre, parce que le créancier n'a rien à se reprocher dans ce cas; au lieu que si c'est une personne qu'il a exigée lui-même pour caution, c'est sa faute de l'avoir exigée, et le débiteur ne lui en doit pas d'autre, parce qu'il n'avait promis que celle-là.

Nous disons *lorsqu'elle est devenue insolvable depuis l'acte de cautionnement*, parce qu'en effet, si elle l'était déjà lorsqu'elle s'est obligée, le créancier n'aurait point le droit de demander une nouvelle caution; le texte de notre article ne laisse aucun doute à cet égard; et ce, quand bien même le créancier aurait alors ignoré son insolvabilité (1), à moins toutefois, dans ce cas, qu'il n'eût été surpris ou trompé par le débiteur qui la lui a donnée pour caution; car les cas de fraude sont toujours exceptés.

330. Dans les cas où le débiteur ne fournit pas une caution ayant les qualités requises, ou qu'obligé d'en fournir une nouvelle, il n'en présente pas, le créancier est en droit de demander la résiliation du contrat, avec dommages-intérêts, par application du principe que, dans les conventions synallagmatiques, la condition résolutoire est toujours sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne satisferait point à son engagement (art. 1184).

---

(1) *Vide* la L. 3, § 3, ff. *ut in possess. legat.*

CHAPITRE II.

De l'effet du cautionnement.

SECTION PREMIÈRE.

De l'effet du cautionnement entre le créancier et la caution.

SOMMAIRE.

331. *L'obligation de la caution est conditionnelle de sa nature, c'est-à-dire, au cas où le débiteur ne paierait pas sa dette : conséquence.*
332. *Si la caution s'est obligée solidairement, son engagement se régit d'après les règles sur les obligations solidaires.*
333. *Origine du bénéfice de discussion.*
334. *Quand il doit être proposé, pour l'être avec effet.*
335. *Quand il doit l'être, dans le cas où la caution nie le cautionnement, ou soutient qu'il n'est pas valable; discussion et rejet d'une décision de M. Pigeau.*
336. *Discussion et rejet d'une autre décision du même auteur.*
337. *Rejet d'une décision de Pothier.*
338. *Quelles conditions doit remplir la caution qui invoque le bénéfice de discussion.*
339. *Tant que la caution n'est pas poursuivie, elle ne peut invoquer avec effet ce bénéfice, encore que la dette fût échue : conséquence.*
340. *Effet du bénéfice de discussion dûment opposé.*
341. *Etendue de l'obligation de chacun de ceux qui se sont rendus caution d'un même débiteur, pour une même dette, et par un même acte.*
342. *Bénéfice de division, et son origine.*
343. *Il ne peut être invoqué par ceux qui y ont renoncé, ni*

par ceux qui se sont obligés solidairement, soit avec le débiteur, soit entre eux.

344. *Mais la simple renonciation au bénéfice de discussion n'emporte pas renonciation au bénéfiee de division*, et vice versâ.

345. *La solidarité des cofidéjusseurs entre eux n'exclut pas non plus le bénéfice de discussion.*

346. *En général, si le cautionnement des diverses cautions a été donnée par des actes séparés, il n'y a pas lieu au bénéfice de division, même hors le cas d'effets de commerce.*

347. *Cas où le créancier a lui-même divisé son action, et interprétation de l'article 2027 à ce sujet.*

348. *A quelle époque le bénéfice de division peut être invoqué utilement.*

331. La caution, comme le dit positivement l'article 2011, n'étant obligée que pour le cas où le débiteur ne remplirait pas son engagement, étant ainsi obligée conditionnellement, il suit de là qu'il faut, pour qu'elle puisse être légalement poursuivie, que le débiteur, en effet, n'ait pas satisfait à sa propre obligation. C'est aussi ce que porte l'article 2021, ainsi conçu : « La caution « n'est obligée envers le créancier à le payer *qu'à « défaut du débiteur*, qui doit être préalablement « discuté dans ses biens, à moins qu'elle n'ait re- « noncé au bénéfice de discussion, ou à moins « qu'elle ne soit obligée solidairement avec le dé- « biteur (1), auquel cas l'effet de son engage-

(1) De plus, si la caution a donné une hypothèque sur ses biens, pour sûreté de son cautionnement, ou de la dette, ce qui revient au

« ment se règle par les principes qui ont été éta-
« blis pour les dettes solidaires. »

A la vérité, le créancier, avant de pouvoir demander le paiement à la caution, n'est point obligé, de droit, de discuter préalablement le débiteur dans ses biens; l'article suivant porte expressément le contraire, en disant que « le créancier n'est obligé de discuter le débiteur principal que lorsque la caution le requiert, *sur les premières poursuites dirigées contre elles.* » Et en effet, la discussion du débiteur est un bénéfice que les lois ont accordé aux cautions, et qu'elles n'ont accordé que sous certaines conditions, que la caution n'est pas toujours à même de remplir; par conséquent il est nécessaire qu'elle s'en explique, qu'elle l'invoque, pour pouvoir remplir ces mêmes conditions. D'ailleurs ce n'est pas toujours que la caution a réellement intérêt à en faire usage. Il n'est même pas nécessaire, non plus, que le créancier, avant de pouvoir poursuivre la caution, ait formé demande judiciaire contre le débiteur principal; rien dans le Code ne présuppose cette demande. Mais il est nécessaire du moins que le défaut de paiement par le débiteur soit justifié à la caution, puisque celle-ci n'est obligée

---

même, elle ne peut pas, en opposant le bénéfice de discussion, s'opposer à la vente de l'immeuble hypothéqué, parce que le bénéfice de discussion ne peut être opposé au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble dont il poursuit la vente (art. 2171).

qu'à défaut, par le premier, de remplir son engagement; que c'est là une condition, de l'accomplissement de laquelle par conséquent le créancier doit justifier. Or, il n'en justifie pas par la simple production du titre; il faut qu'il démontre que le débiteur est en demeure de remplir son obligation, puisque, en général, on ne peut pas dire que celui à qui l'on ne demande point d'exécuter son engagement, refuse de l'exécuter, et ce n'est que pour le cas où il ne le remplirait pas, que la caution s'est obligée à le remplir. Ainsi, il faut, pour que le créancier puisse légalement poursuivre la caution, que le débiteur principal soit constitué en demeure d'exécuter son obligation, sinon la caution peut le faire déclarer non-recevable quant à présent, et avec dépens; tout au moins le tribunal doit surseoir à statuer sur la demande jusqu'à ce que le créancier rapporte la preuve de la mise en demeure du débiteur principal; et si celui-ci payait de suite, les frais de la poursuite dirigée prématurément contre la caution devraient rester à la charge du créancier.

Mais un débiteur n'est pas constitué en demeure seulement par une demande judiciaire, il l'est aussi, d'après l'article 1139, par un commandement, par une sommation ou autre acte équivalent, ou même par l'effet de l'expiration du terme, lorsque la convention porte que, par la seule échéance du terme, et sans qu'il soit besoin d'acte, le débiteur sera constitué en demeure; et sui-

vant l'article 1144, dans les obligations de donner ou de faire une certaine chose qui ne pouvait être donnée ou faite avec utilité pour le créancier que dans un certain temps, le débiteur est pareillement constitué en demeure par cela seul qu'il a laissé passer le temps sans exécuter son engagement. Enfin, dans les obligations de ne pas faire une certaine chose, le débiteur se met aussi de lui-même en demeure en la faisant (art. 1146).

Telle est la véritable doctrine, et elle ressort de la nature du cautionnement (1), ainsi que des diverses dispositions du Code qui en règlent les effets; et elle s'applique aussi bien au cas où la caution a renoncé au bénéfice de discussion, qu'au cas contraire, car cette renonciation n'a point changé, sous ce rapport, la nature du cautionnement, qui n'en reste pas moins une obligation secondaire, accessoire, conditionnelle, c'est-à-dire contractée pour le cas où le débiteur principal ne remplirait pas la sienne, ce qui par con-

---

(1) La loi 16, § 6, ff. *de Fidejuss.* est dans ce sens : le jurisconsulte y suppose qu'une caution a été donnée en ces termes : Si le débiteur ne paie pas la somme qui lui est prêtée, promettez-vous de la payer? SI REUS QUADRAGINTA, *quœ ei credidi,* NON SOLVERIT, FIDE TUA ESSE JUBES? Et il décide qu'il est à présumer que les parties ont entendu que le fidéjusseur serait seulement tenu, si le débiteur, interpellé de payer, ne payait pas : *verisimile est id actum, ut cùm appellatus reus non solvisset, fidejussor teneretur.* Or, d'après la définition que le Code nous donne du cautionnement, il est évident qu'il est toujours contracté sous cette condition, *si debitor non solverit.*

séquent doit être justifié par le créancier, et par la preuve que le débiteur est en demeure de la remplir; et cela est vrai aussi dans le cas où la caution a renoncé au bénéfice de discussion.

332. Mais si elle s'est obligée solidairement avec le débiteur, comme alors son engagement, en ce qui touche le créancier, est régi par les principes qui régissent les obligations solidaires, et que, d'après ces principes, le créancier, pour pouvoir poursuivre tel ou tel des débiteurs, n'est point obligé de mettre les autres en demeure (art. 1203), il est clair que, non-seulement la caution ne peut lui opposer le bénéfice de discussion (art. 2021), mais encore qu'elle ne peut le faire déclarer non-recevable, quant à présent, pour ne pas justifier de la mise en demeure du débiteur. Dans ce cas, et comme le dit positivement l'article 1216, ce n'est que par rapport au débiteur, que celui qui s'est obligé solidairement avec lui, et dans l'intérêt seulement de ce débiteur, est considéré comme sa caution : par rapport au créancier, c'est un débiteur solidaire ordinaire, et pas autre chose. Aussi, ceux qui donnent leur *aval* sur des lettres de change ou des billets à ordre, ne peuvent pas exiger du porteur qui les poursuit, qu'il justifie que le souscripteur de l'effet a été constitué en demeure, par une demande judiciaire, ou par un commandement ou autre acte; il suffit du protêt faute de paiement. Car ceux qui ont mis

leur signature sur une lettre de change ou un billet de commerce, soit comme souscripteurs, soit comme endosseurs, soit comme donneurs d'aval ou de cautionnement, ou enfin comme accepteurs, sont, aux termes des articles 140 et 142 du Code de commerce, tenus solidairement envers le porteur, sauf les conventions différentes des parties.

De plus, si le principal obligé peut faire valoir contre son engagement une exception personnelle, par exemple celle de minorité, la caution, quand bien même elle n'aurait pas renoncé au bénéfice de discussion, ne peut invoquer ce bénéfice, ou tout au moins il demeure sans effet dès que le principal obligé fait valoir son exception et demande ainsi la nullité de l'obligation.

333. Le bénéfice de discussion, *beneficium ordinis*, a été introduit par Justinien, Novelle 4, chap. 1 (1). Mais il arrivait souvent, avant lui, que la discussion du débiteur devait avoir lieu avant que le créancier pût poursuivre le fidéjusseur : c'était lorsque celui-ci avait promis de payer ce que le créancier ne pourrait obtenir du débiteur, à cause de l'insolvabilité de celui-ci. *Quantò minùs servari potuerit, fide tua jubes?* On en trouve des exemples dans les lois 41, 52 et 63 ff. *De Fidejuss. et Mand.* Dans ce cas, la discussion

---

(1) D'où a été tirée l'authentique *Præsente*, placée au Code, tit. *de Fidejuss. et Mand.*

n'était pas un simple bénéfice, elle était de droit, puisqu'elle était nécessaire pour que la condition sous laquelle le fidéjusseur s'était obligé, pût être vérifiée.

334. Le bénéfice de discussion, lorsqu'il y a lieu de l'invoquer, doit être proposé par la caution, et sur les premières poursuites dirigées contre elle (art. 2022), parce que, en le proposant tardivement, ce serait nuire au créancier, en retardant ainsi l'époque du paiement; et ce serait aussi causer des frais frustratoires, qui retomberaient en définitive sur le débiteur, ce que la loi a dû vouloir prévenir. La caution qui néglige de proposer ce bénéfice sur les premières poursuites dirigées contre elle, est censée y avoir renoncé, supposition qui est d'autant plus naturelle, qu'il n'est pas toujours de l'intérêt de la caution d'exiger la discussion préalable du débiteur. Elle n'y a pas intérêt, notamment si celui-ci a donné hypothèque sur ses biens au créancier, et qu'elle ait alors de quoi payer la dette sans recourir aux emprunts et sans se gêner; car, au moyen de la subrogation légale à l'hypothèque du créancier, elle rentrera sûrement dans ses déboursés, et elle sera libérée de suite envers lui, ce qui n'est pas sans quelqu'avantage.

335. Au surplus, si la caution nie le cautionnement, ou soutient qu'il n'est pas valable, elle

ne doit pas être tenue de proposer le bénéfice de discussion sur les premières poursuites dirigées contre elle, à peine d'être ensuite déclarée non recevable à le proposer, puisque ce serait par cela même se reconnaître caution ; ce qu'elle nie. Elle pourra donc encore l'invoquer après qu'il aura été établi qu'elle a donné son cautionnement, et un cautionnement valable ; par conséquent elle pourra l'opposer après le jugement qui la condamnerait comme caution, et sur les premières poursuites dirigées contre elle pour mettre ce jugement à exécution. On ne contesterait pas assurément cette décision, si la caution, en combattant le cautionnement qu'on lui attribue, s'était subsidiairement réservé le droit de proposer le bénéfice de discussion au cas où le tribunal reconnaîtrait l'existence et la validité du cautionnement, puisqu'elle aurait fait tout ce qui lui était possible dans sa position ; or, ce doit être la même chose lorsque, en contestant l'existence ou la validité du cautionnement à raison duquel elle est poursuivie, elle garde le silence relativement au bénéfice de discussion : elle n'avait à l'invoquer qu'autant qu'elle se reconnaissait pour caution, et précisément c'est ce qu'elle niait. Nous ne saurions donc adopter ce qu'a écrit sur ce point M. Pigeau dans son traité *de la Procédure civile*, liv. II, part. V, tit. I, chap. VIII, § II : « L'art. 2022 du Code civil porte, « dit-il, que l'exception de discussion doit être

« proposée sur les premières poursuites dirigées « contre la caution ; mais cet article ne dit pas ce « qu'on doit entendre par *premières poursuites.* Doit-« on entendre par là un commandement, une « saisie mobilière non suivie de vente, une saisie « immobilière non suivie de notification, et dire « que si, sur le premier acte de poursuite, elle « ne propose pas la discussion, et laisse faire le « second acte, elle ne sera pas recevable à de-« mander la discussion? Une telle interprétation « serait trop rigoureuse. La caution peut être « absente ou empêchée lors de ce premier acte, « ou même lors des actes postérieurs : elle serait « souvent dans l'impuissance d'user d'un béné-« fice que la loi ne lui accorde que pour l'exer-« cer. Il faut donc décider qu'elle le peut sur les « poursuites, tant qu'elle n'a pas tenu une con-« duite de laquelle on puisse inférer renonciation « de sa part à l'exception de discussion, et cette « renonciation devrait être présumée dans les « deux cas suivans :

« 1° Lorsque, sur ces poursuites, elle a con-« testé mal à propos, soit *contre l'acte,* soit contre « les poursuites, qu'elle a soutenues nulles ou « non recevables : elle ne peut plus ensuite pro-« poser la discussion, car cette exception est di-« latoire ; et si elle était fondée, il était inutile « que la caution consumât le temps à contester « mal à propos l'acte ou les poursuites ; elle n'a-« vait qu'à proposer tout de suite cette excep-

« tion. *On doit l'assimiler à une caution qui, sur*
« *une demande, conteste sans fondement l'acte, ou*
« *le cautionnement, ou la demande, au lieu de pro-*
« *poser l'exception sur les premières poursuites, et*
« *qui ne peut plus ensuite la proposer, parce qu'elle*
« *y a tacitement renoncé en défendant au fond.*

« 2° La caution est encore censée avoir renoncé « au bénéfice de discussion, quoiqu'elle n'ait « pas contesté, lorsque, gardant le silence sur « les poursuites faites contre elle, elle les a laissé « pousser assez loin pour donner lieu de croire « au créancier qu'elle renonçait à cette excep- « tion : comme si elle a laissé vendre sur saisie- « exécution ou sur saisie-brandon; si elle a laissé « prononcer la validité d'une saisie-arrêt faite « sur elle; si, sur une saisie de biens fonds, elle « a laissé faire la notification; autrement elle « pourrait, après avoir fait employer par le « créancier un temps fort long à faire ces pour- « suites, sans proposer la discussion, venir, en « la proposant, retarder son paiement, et con- « vertir en subterfuge le bienfait que la loi lui « accorde. »

Elle ne devrait pas être admise assurément, dans ces cas, à venir proposer maintenant ce bénéfice; mais dans celui où elle a soutenu qu'elle n'avait pas cautionné du tout, ou qu'elle ne l'a pas fait valablement, elle est encore recevable à le proposer, même après le jugement qui la tient pour caution; et en ce point, nous

différons entièrement de l'opinion de M. Pigeau. Nous en avons donné les raisons, et elles sont convaincantes. D'ailleurs, M. Pigeau lui-même, en parlant du bénéfice de division, liv. II, part. II, tit. I, chap. I, sect. IV, § 6, dit que ce bénéfice peut être proposé en tout état de cause, même après la défense au fond, et jusqu'au jugement définitif, *parce qu'il faut bien voir s'il y a une créance, et, si l'on est caution, pour opposer la division, qu'il est inutile de demander lorsqu'il n'y a pas de créance ou de cautionnement.* Or, la raison est la même lorsque la caution, qui invoque maintenant le bénéfice de discussion, a combattu d'abord le cautionnement qu'on invoquait contre elle, en disant que le cautionnement n'a jamais existé, ou qu'il était nul.

336. Nous différons aussi de sentiment sur un autre point avec ce respectable professeur. Assimilant, sous ce rapport, le bénéfice de discussion au bénéfice de division, M. Pigeau, au même endroit, dit, avec raison (1), que la caution ne peut pas plus proposer l'un que l'autre après le jugement qui l'a condamnée à payer la dette;

---

(1) *Avec raison,* si toutefois le jugement n'a pas été rendu sur le fait ou la validité du cautionnement; car, dans ce cas, et comme nous venons de le dire, la caution pourrait encore proposer le bénéfice de discussion après le jugement, en supposant même qu'elle n'en eût pas fait subsidiairement la réserve sur les premières poursuites dirigées contre elle, quoique nous conseillions de faire ces réserves, en pareil cas, pour prévenir toute difficulté.

mais renvoyant à ce sujet à ce qu'il a dit précédemment sur le bénéfice de division, il ajoute : « Tout ce qu'on a dit sur la division, page 9, « s'applique ici. » Or, il avait dit que le bénéfice de division peut être opposé jusqu'au jugement, ce qui est incontestable, d'après la loi 10, § 1, Cod. *de Fidejuss.*, et d'après ce qu'enseigne Pothier, dans son traité *des Obligations*, n° 425, où il dit que ce bénéfice peut être opposé en tout état de cause, même après la défense au fond, et jusqu'au jugement définitif. Et M. Pigeau ajoute même que, pour que la caution soit exclue du droit de le proposer après le jugement, il faut que ce jugement soit passé en force de chose jugée; que s'il était susceptible d'opposition ou d'appel, elle pourrait proposer la division sur l'opposition ou sur l'appel. Mais cet auteur, en ce qui touche le bénéfice de discussion, s'écarte évidemment du sens naturel de ces mots de l'art. 2022, *sur les premières poursuites dirigées contre elle.* Si elle n'a pas contesté le cautionnement, elle ne peut plus, suivant nous, proposer ce bénéfice après que la cause est en état, mais seulement sur les premières poursuites dirigées contre elle; et la cause est en état, lorsque les plaidoieries sont commencées, c'est-à-dire lorsque les conclusions sont contradictoirement prises à l'audience (art. 343, Cod. de procéd.).

Et nous le décidons ainsi, soit que la caution soit poursuivie conjointement avec le débiteur, soit

que, celui-ci étant mis en demeure, elle soit poursuivie seule. Mais nous pensons bien, avec M. Pigeau, qu'un simple commandement ne lui empêche pas de proposer le bénéfice de discussion, que même la saisie-exécution ou la saisie-brandon ne lui enlève pas ce droit; car entre le commandement et ces saisies, il n'y a qu'un jour d'intervalle, et la caution pourrait être absente ou empêchée le jour de la saisie comme celui du commandement.

337. Pothier pensait que la caution qui n'a pas opposé le bénéfice de discussion sur les premières poursuites dirigées contre elle, faute de pouvoir indiquer des biens du débiteur à discuter, pouvait le faire encore, s'il était survenu à ce dernier des biens réunissant les conditions requises. Nous ne pensons pas que cette opinion dût être suivie sous le Code. Cela retarderait le moment où le créancier doit recevoir son paiement, et entraînerait dans des frais en pure perte, qui ruineraient le malheureux débiteur. Supposez, en effet, qu'au moment où la vente d'un immeuble de la caution va avoir lieu, sur la poursuite du créancier, celui-ci fût obligé d'abandonner cette poursuite, pour en exercer une semblable contre le débiteur, auquel il est échu des immeubles depuis les premières poursuites dirigées contre la caution : quelles lenteurs cela n apporterait-il pas dans le paiement

de la créance, et quelle multiplicité de frais, que le débiteur, comme de raison, devrait supporter! Sans doute, la caution est digne de faveur, surtout, comme dans l'espèce, lorsqu'elle combat pour conserver son héritage, mais la discussion du débiteur est un *bénéfice* de la loi, et le Code ne l'accorde à la caution, qu'autant que celle-ci l'invoque *sur les premières poursuites dirigées contre elle.*

338. Voyons maintenant les conditions que doit remplir la caution qui invoque le bénéfice de discussion.

Elle doit indiquer les biens du débiteur qu'elle entend faire discuter, c'est-à-dire faire vendre par le créancier; et elle doit avancer les frais suffisans pour procéder à cette discussion (art. 2023).

Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur situés hors du ressort de la Cour royale du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur *(ibid.)*.

Elle ne doit pas non plus indiquer des biens qui, quoiqu'encore en la possession du débiteur, seraient couverts, jusqu'à concurrence de leur valeur, d'hypothèques au profit des tiers, puisque le créancier n'aurait rien à toucher sur le prix de ces mêmes biens, et que leur vente n'aurait d'autre résultat que de nuire au débiteur. Elle ne doit pas davantage indiquer ceux dont la

propriété serait résoluble dans les mains du débiteur, par exemple l'immeuble que celui-ci a acheté à réméré, si le délai pour exercer le réméré n'était pas expiré. Le créancier ne trouverait que difficilement des adjudicataires pour de tels biens, à cause du danger de l'éviction. La raison est la même que pour les immeubles litigieux.

Mais hormis ces biens, elle peut indiquer tous ceux que le débiteur a en sa possession, meubles ou immeubles, et soit que ceux qui seraient indiqués fussent suffisans ou non pour payer la dette. Le Code ne distingue pas, ni sur l'un ni sur l'autre point : seulement, quels que soient les biens indiqués, la caution doit faire l'avance des frais suffisans pour la discussion de ces mêmes biens. Lorsque ceux qui seront indiqués ne pourront pas suffire au paiement de la dette en entier, le créancier éprouvera sans doute l'inconvénient d'un retard dans l'acquittement de la dette pour le surplus, et l'inconvénient aussi d'un paiement partiel, à moins qu'il n'aime mieux faire ordonner le dépôt à la caisse des consignations jusqu'à ce que la caution complète le paiement ; mais la discussion n'est qu'un *examen* des biens du débiteur, et l'on ne peut connaître au juste leur valeur, que par la vente qui en sera faite. Ajoutez que le motif qui a fait introduire ce bénéfice, c'est la supposition, fort raisonnable, que la caution, en s'obligeant, a entendu le faire pour le cas seule-

ment où le débiteur ne satisferait point lui-même à son engagement, et jusqu'à concurrence seulement de ce que le créancier n'en pourrait obtenir : or, si celui-ci, par la discussion des biens du débiteur, peut être payé en partie, la caution ne lui doit que le surplus. Et quant à l'inconvénient d'un paiement partiel, le créancier, comme nous venons de le dire, peut exiger que le produit de la vente des biens du débiteur soit déposé jusqu'à ce que la caution lui paie ce qui manquerait pour faire le paiement de la dette en son entier.

Les biens indiqués doivent être situés dans l'arrondissement de la Cour royale où doit se faire le paiement, et, suivant l'article 1247, le paiement doit être fait dans le lieu désigné par la convention. Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsqu'il s'agit s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet. Hors ces deux cas, le paiement doit être fait au domicile du débiteur.

Mais le débiteur, depuis le contrat, a pu changer de domicile : à cet égard, *voyez* ce que nous avons dit en parlant du paiement, tome XII, n° 101.

La défense faite à la caution qui invoque le bénéfice de discussion, d'indiquer des biens hypothéqués à la dette qui ne sont plus en la possession du débiteur, est fondée sur la considération que la possession du tiers acquéreur est aussi

digne de faveur que l'exercice du bénéfice de discussion; aussi les lois ont-elles accordé ce bénéfice au tiers détenteur, non personnellement obligé à la dette, lorsqu'il est resté dans la main du principal ou des principaux obligés, des biens hypothéqués à la même dette : il peut en requérir la discussion préalable, selon la forme réglée au titre *du Cautionnement*, et pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage par lui possédé (art. 2170).

Il y a toute fois cette différence, que, lorsque le bénéfice de discussion est invoqué par un tiers détenteur d'immeubles hypothéqués, ce détenteur ne peut requérir que la discussion des immeubles hypothéqués à la même dette qui sont encore dans la main du débiteur; au lieu que si c'est une caution qui invoque le bénéfice de discussion, elle peut invoquer celle de biens qui ne sont point hypothéqués à la dette, pourvu, bien entendu, qu'ils soient en la possession du débiteur, et, comme nous venons de le dire, qu'ils ne soient pas couverts d'hypothèques, au profit des tiers, jusqu'à concurrence de leur valeur, ou à peu près. Cette différence ressort évidemment du rapprochement des articles 2023 et 2170, précités. Et quand bien même le créancier aurait aussi hypothèque sur un immeuble qui serait en la possession du débiteur, la caution ne pourrait pas moins indiquer d'autres biens, aussi en la possession de ce dernier, soit que ces biens fus-

sent ou non hypothéqués à la même dette, pourvu qu'ils ne le fussent pas d'abord à d'autres créanciers, jusqu'à concurrence de leur valeur; en sorte que, sous ce rapport, on peut dire que le bénéfice de discussion à des effets plus larges pour les cautions que pour les tiers acquéreurs d'héritages hypothéqués.

339. Comme la caution ne peut pas, quoique la dette fût échue, forcer le créancier à poursuivre le débiteur, sauf à le poursuivre elle-même, pour l'obliger à payer ou à lui rapporter sa décharge (art. 2039), il suit de là qu'elle ne peut pas invoquer le bénéfice de discussion avant d'être poursuivie : c'est seulement sur les premières poursuites (soit judiciaires, soit extrajudiciaires) dirigées contre elle, qu'elle peut l'opposer (art. 2022) : en sorte que le dépérissement des biens qu'elle aurait indiqués au créancier pour qu'il eût à les discuter, avant d'être elle-même poursuivie, ne serait point à la charge de ce dernier, puisque rien ne l'obligeait à poursuivre son débiteur; il a même pu lui accorder expressément une prorogation de terme, sans perdre pour cela ses droits contre elle (même art. 2039).

Si c'est sur une demande judiciaire formée contre la caution, ou contre le débiteur et la caution conjointement, que ce bénéfice est invoqué, la caution le requiert par acte d'avoué à avoué, contenant l'indication et les offres ci-dessus.

Et si les poursuites contre la caution ont lieu en exécution d'un titre en forme exécutoire, la caution peut proposer la discussion, soit sur les commandemens, saisies et autres actes d'exécution, au moment où on les lui signifie, soit après, mais alors par exploit notifié au créancier; et, dans les deux cas, avec la désignation des biens à discuter et l'offre des frais suffisans pour la discussion.

Si le créancier refuse d'y procéder et continue de poursuivre la caution, celle-ci l'assigne au provisoire pour voir ordonner le sursis des poursuites.

Beaucoup d'incidens peuvent s'élever relativement à l'exercice de ce bénéfice, mais cela est principalement du domaine de la procédure.

340. Toutes les fois que la caution a fait l'indication de biens autorisée par l'article 2023, et qu'elle a fourni les deniers suffisans pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites (2024). Ainsi, il ne doit apporter aucun retard à faire saisir et vendre les biens qui lui ont été indiqués, sous peine d'être responsable de la perte.

341. Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions d'un même débiteur, pour une

même dette, elles sont obligées chacune à toute la dette (art. 2025), parce que chacune d'elles l'a effectivement cautionné en entier, en ne restreignant point son cautionnement sur le pied d'une part seulement; sauf ce qui va être dit sur le bénéfice de division.

A cet égard, des cautions diffèrent des débiteurs principaux, qui ne sont tenus de la dette qu'ils ont contractée conjointement, que chacun pour une part, égale à celle des autres, à moins qu'ils n'aient déclaré s'obliger solidairement, ou à moins d'une disposition particulière de la loi qui établirait la solidarité quant à l'espèce de dette dont il s'agirait (art. 1202). Et notre principe n'est pas applicable seulement au cas où plusieurs se sont rendus cautions *d'une même personne*, pour une même dette, cas prévu par l'article 2025, il l'est aussi au cas où la dette a été contractée par plusieurs personnes; l'article ci-dessus n'est point, à cet égard, conçu dans un sens restrictif, mais bien dans un sens explicatif. En sorte que si quatre personnes empruntent une somme, sans solidarité, chacune d'elles ne doit que le quart de la somme, et ne peut être poursuivie que pour cela; mais si quatre autres personnes les cautionnent d'une manière générale, c'est-à-dire sans qu'aucune d'elles restreigne son cautionnement sur le pied de l'obligation de l'un ou de plusieurs des débiteurs principaux, elles sont tenues chacune de toute la dette. Elles n'en

sont pas tenues, sans doute, absolument avec les mêmes effets que le sont des débiteurs obligés solidairement, car nous allons voir qu'elles peuvent, de droit commun, opposer un bénéfice que ne pourraient invoquer des débiteurs solidaires, mais elles en sont tenues *in solidum*, *in totum* : le créancier a le droit de demander toute la somme à chacune de ces cautions, tandis qu'il ne peut demander à chacun des débiteurs principaux que sa part seulement, c'est-à-dire, dans l'espèce, un quart de la somme prêtée. Et il n'y a pas lieu de dire ici qu'une caution se trouve, contre les principes, obligée en plus que le débiteur principal; car, puisque les quatre débiteurs principaux doivent à eux tous toute la somme, et que chacune des cautions les a cautionnés tous, elle a par cela même cautionné toute la dette.

342. Mais comme ces principes ont paru rigoureux, et qu'ils l'étaient en effet, l'empereur Hadrien introduisit le bénéfice de division, qui a passé dans notre jurisprudence, ancienne et moderne.

« Néanmoins, porte l'article 2026, chacune « d'elles (des personnes qui ont cautionné la « même dette) peut, à moins qu'elle n'ait re- « noncé au bénéfice de division, exiger que le « créancier divise préalablement son action, et la « réduise à la part et portion de chaque caution.

« Lorsque, dans le temps où une des cautions « a fait prononcer la division, il y en avait d'in- « solvables, cette caution est tenue proportion- « nellement de ces insolvabilités; mais elle ne « peut plus être recherchée à raison des insol- « vabilités survenues depuis la division. »

343. Ce n'est pas seulement dans le cas où les cautions ont renoncé au bénéfice de division, qu'elles ne peuvent l'invoquer; c'est aussi lorsqu'elles se sont obligées solidairement, soit avec le débiteur, soit entre elles : la solidarité est exclusive de ce bénéfice d'après l'article 2021 combiné avec l'article 1203. En effet, le premier de ces articles porte que l'obligation de la caution obligée solidairement se régit par les principes qui régissent les obligations solidaires, et, suivant le dernier de ces articles, le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser à celui des débiteurs qu'il veut choisir, sans que celui-ci puisse lui opposer le bénéfice de division. Par conséquent, les divers donneurs *d'aval* sur un effet de commerce ne peuvent opposer ce bénéfice, pas plus que celui de discussion, suivant ce qui a été dit plus haut sur ce dernier bénéfice (1).

334. Mais la simple renonciation, par les cau-

---

(1) Voyez, pour plus de développemens, tome XI, n° 186.

tions, au bénéfice de discussion, n'emporte point également renonciation au bénéfice de division, bénéfice dont la cause et les effets sont différens (1).

Et, *vice versâ*, la simple renonciation au bénéfice de division n'emporte point renonciation au bénéfice de discussion.

345. La déclaration de solidarité des cautions avec le débiteur ou les débiteurs principaux, exclut bien tout à la fois le bénéfice de discussion et celui de division; mais si les cautions ne se sont obligées solidairement qu'entre elles, et non avec le débiteur ou les débiteurs principaux, elles ne peuvent, il est vrai, invoquer le bénéfice de division, mais du moins rien ne s'oppose à ce qu'elles invoquent celui de discussion, si elles n'y ont pas aussi renoncé; et cela, soit que le cautionnement ait été donné par l'acte même par lequel le débiteur ou les débiteurs principaux se sont obligés, soit qu'il l'ait été par un acte séparé (2).

346. Si, même hors le cas d'effets de commerce, deux personnes ont cautionné une même dette par des actes séparés, comme on ne peut

---

(1) Voyez tome XI, n° 186.

(2) *Vide ibid.*

pas dire que le cautionnement donné par la première caution a été donné en considération de celui qui a été fourni par l'autre, raison principale sur laquelle est fondé le bénéfice de division, il n'y a pas lieu à ce bénéfice au profit de la première caution, du moins c'est notre opinion (1), contraire toutefois à celle de M. Delvincourt. L'article 2026 suppose en effet un cautionnement donné par plusieurs conjointement. La première caution a été obligée *in solidum*, et la circonstance qu'ensuite une autre personne a bien voulu aussi cautionner la même dette, n'a pas dû diminuer l'étendue de l'obligation de cette première caution. Ce n'est pas ce qu'a entendu le créancier, qui a voulu avoir une sûreté de plus.

Et si le second acte de cautionnement ne rappelle pas le premier, la seconde caution ne peut pas non plus, selon nous, invoquer la division, même hors le cas d'effets de commerce. Mais si elle en fait mention, ou s'il est mis à la suite du premier, et qu'il ne s'agisse pas d'effets de commerce, nous croyons que la seconde caution pourrait invoquer la division, si toutefois encore elle n'y avait pas renoncé; car elle serait bien fondée à dire qu'elle a cautionné en considération de l'autre cautionnement, en vue du bénéfice de

---

(1) *Vide* tome XI, n° 186.

division, comme lorsque deux cautions cautionnent par le même acte.

347. Si le créancier a divisé lui-même volontairement son action, il ne peut revenir contre cette division, quoiqu'il y eût, même antérieurement au temps où il l'a ainsi consentie, des cautions insolvables (art. 2027).

Cette disposition a son effet dans deux cas : 1° dans celui où les cautions avaient renoncé au bénéfice de division; 2° dans celui où elles n'y avaient pas renoncé, mais qu'au temps où le créancier a divisé lui-même son action, il y en avait parmi elles qui étaient déjà insolvables, insolvabilité dont auraient été tenues les autres cautions, tout en opposant le bénéfice de division : au lieu qu'elles n'en seront pas tenues d'après l'article; sauf, bien entendu, les réserves que le créancier aurait faites à cet égard dans l'acte par lequel il a opéré la division de son action.

Mais de ce que le créancier aurait formé une demande contre une ou plusieurs cautions, ou contre toutes, pour la part virile de chacune d'elles dans la dette, en faut-il inférer une division définitive de son action, quoique les cautions n'y eussent point encore acquiescé, et qu'il ne fût point encore intervenu de jugement de condamnation? En matière de dette solidaire, l'article 1211 décide la question pour la négative, et

bien certainement si les cautions s'étaient obligées solidairement, comme leur engagement, par rapport au créancier, serait régi par les principes sur les obligations solidaires (art. 2021), on serait bien forcé de dire que l'article 1211 est applicable, et en conséquence que le créancier, tant que les cautions poursuivies n'auraient pas acquiescé à sa demande, ou qu'il ne serait pas intervenu contre elles un jugement de condamnation, peut revenir sur ses pas, et former contre chacune d'elles demande pour le tout. Mais dans le cas où les cautions ne se sont point obligées solidairement, il y a plus de difficulté, attendu que notre article 2027 paraît se contenter d'une simple division opérée par le créancier lui-même.

Or, former une demande contre une caution, pour sa part, n'est-ce pas là diviser son action, du moins à l'égard de cette caution? Notre article ne suppose pas nécessairement que cette division s'est opérée dans un traité fait avec les cautions, ou l'une ou plusieurs d'entre elles, puisqu'il statue dans l'hypothèse où le créancier a divisé *lui-même* son action, ce qui a aussi bien lieu en formant une demande *pro parte virili*, contre une ou plusieurs cautions, ou contre toutes, qu'en recevant la part de l'une d'elles dans la dette. On a bien pu exiger d'avantage pour la renonciation au droit de solidarité proprement dite, que pour la renonciation au droit de pouvoir poursuivre

chacune des cautions *in solidum*, parce que la division entre les cautions est favorable.

Au surplus, cette division, comme dans le cas de solidarité, ne doit avoir effet qu'à l'égard de celle des cautions à qui le créancier a demandé sa part, ou qui la lui a payée de gré à gré, en ce sens qu'il pourra encore demander le surplus de la dette à chacune des autres cautions, que nous supposons avoir renoncé au bénéfice de division; ou, si elles n'y ont pas renoncé, en ce sens que s'il y en a parmi elles d'insolvables au temps où elles opposeraient la division, la perte résultant de l'insolvabilité se répartirait entre elles et le créancier, qui prendrait à cet égard la place de la caution par rapport à laquelle il a divisé de lui-même son action.

348. La division étant un simple bénéfice de la loi, il est clair qu'elle n'a pas lieu de plein droit, qu'elle a besoin d'être invoquée par la caution poursuivie qui veut en profiter. Mais comme il est de l'intérêt des cautions poursuivies d'en faire usage au plus tôt, puisqu'elles sont tenues de l'insolvabilité des cofidéjusseurs existante au temps où s'opérerait la division, la loi n'a pas fixé le moment où ce bénéfice pourrait être invoqué; elle n'a pas dit, comme pour le bénéfice de discussion, que ce serait *sur les premières poursuites dirigées contre la caution.* En conséquence, il peut être invoqué en tout état de cause.

Mais lorsqu'il a été rendu contre la caution poursuivie pour le tout, ou pour une somme au-dessus de sa part, un jugement passé en force de chose jugée, elle ne peut plus opposer le bénéfice de division, attendu qu'étant personnellement condamnée à payer telle somme, elle doit obéir à la condamnation. Il n'appartient pas en effet au juge de réformer ni de modifier sa décision, si ce n'est sur opposition, ou tierce-opposition, ou sur requête civile; et les causes de ces réformations de jugement ne pourraient évidemment résulter de l'invocation actuelle du bénéfice de division.

Mais si la caution parvenait à faire réformer le jugement, pour une des causes autorisées par la loi, alors elle serait en droit d'opposer ce bénéfice, car un jugement réformé est réputé ne plus exister. La caution peut même opposer la division sur l'appel, et y conclure subsidiairement.

Et si ce sont des poursuites extrajudiciaires qui sont exercées contre telle des cautions, parce qu'elle se serait obligée par acte en forme exécutoire, cette caution peut opposer la division, même jusqu'à la vente de ses biens exclusivement; mais après la vente, elle ne le peut plus, parce que ce serait jeter le créancier dans des longueurs maintenant sans objet utile pour la caution elle-même.

La caution qui invoque le bénéfice de division n'est point obligée de faire au créancier l'avance des frais nécessaires pour poursuivre les autres

cautions, comme la caution qui invoque le bénéfice de discussion du débiteur est tenue d'avancer les frais : rien de semblable n'est exigé quant à l'exercice du bénéfice de division.

SECTION II.

De l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution.

SOMMAIRE.

349. La caution qui a payé la dette, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur (art. 2028).

Dans le premier cas, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, elle l'a d'après les principes du mandat : dans le second cas, d'après ceux de la simple gestion des affaires d'autrui sans mandat.

Et ici le mot *payé* se prend *lato sensu;* en sorte qu'il en est de même si c'est par voie de compensation que la caution a éteint la dette, ou si elle a donné quelque chose à la place de ce qui était dû, a procuré, en un mot, au débiteur, sa libération : tellement que si c'était par une simple remise, faite à la caution et en sa considération personnelle, le droit serait le même; son recours aurait lieu contre le débiteur comme si elle avait réellement payé la dette. Car, dès qu'elle l'a libéré, il doit peu lui importer que ce soit par paiement ou d'une autre manière : l'essentiel est qu'il ne puisse plus être inquiété.

Mais la caution qui a payé avant le terme ne

peut toujours recourir contre le débiteur qu'à l'échéance du terme, à moins que celui-ci n'en fût privé par sa faillite ou sa déconfiture; car il ne dépend pas de la caution de l'en priver par un paiement anticipé.

350. Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts et les frais; néanmoins la caution n'a de recours quant aux frais par elle faits, que pour ceux qu'elle a faits depuis qu'elle a dénoncé au débiteur les poursuites dirigées contre elle (*ibid.*); parce qu'elle serait en faute de n'avoir pas dénoncé ces poursuites : peut-être que le débiteur aurait payé ou aurait pris des arrangemens avec le créancier, et aurait ainsi prévenu les frais ultérieurs. On n'a pas dû permettre qu'un individu pût être écrasé de frais faits à son insu.

Toutefois, comme la caution ne pouvait dénoncer la demande formée contre elle avant qu'elle existât, le débiteur devrait incontestablement lui en rembourser les frais; tout de même que le garant doit rembourser au garanti les frais de la demande principale, et ceux qui ont été faits postérieurement à la dénonciation de cette demande au garant. Il en serait ainsi des frais de commandement, dans le cas où le créancier serait porteur d'un titre en forme exécutoire, et même de ceux de saisie mobilière, attendu que la saisie pouvant avoir lieu un jour après le comman-

dement, la caution n'a pas eu le temps suffisant pour faire la dénonciation au débiteur.

La caution aurait également recours contre le débiteur pour les frais faits par le créancier contre celui-ci, et qu'elle a été obligée de payer, conformément à l'article 2016. Aussi n'eût-il pas fallu dire, dans notre article 2028 : « Néanmoins la caution n'a de recours *que* pour « les frais faits par elle depuis qu'elle a dénoncé « au débiteur principal les poursuites dirigées « contre elle; » mais bien : *Elle n'a de recours, quant aux frais faits par elle, que pour ceux qui ont été faits depuis*, etc.

351. La caution a aussi recours pour les dommages-intérêts, s'il y a lieu (*ibid.*).

Par exemple, si elle a subi la contrainte par corps, si ses biens ont été vendus, si elle a été obligée de faire des sacrifices pour se procurer la somme nécessaire pour payer le créancier, elle peut et doit obtenir des dommages-interêts, dont les tribunaux détermineraient le montant en raison du préjudice souffert; car le cautionnement étant en général un contrat de bienfaisance entre le débiteur et la caution, il ne serait pas juste que celle-ci éprouvât un préjudice par suite de l'inaccomplissement de l'obligation principale.

M. Delvincourt concluait de là que, dans le cas où le cautionnement serait à titre onéreux, ce motif n'existant plus, l'article 1153 serait ap-

plicable, et en conséquence que la caution ne pourrait réclamer que l'intérêt légal, et point d'autres dommages-intérêts. Mais notre article ne distingue pas, et, selon nous, il ne devait pas distinguer, attendu que, tout en payant un prix pour le cautionnement, le débiteur ne s'obligeait pas moins à remplir son engagement envers le créancier, et à prévenir par là le dommage qui est venu atteindre la caution; or, c'est pour ce dommage que la caution réclame une indemnité. Et remarquez que dans beaucoup de cas, le dommage pourrait surpasser de beaucoup le prix du cautionnement.

352. La caution a droit aussi, *ipso jure*, aux intérêts des sommes qu'elle a déboursées (1). Cela ne peut faire de doute dans le cas où le cautionnement a été donné à la prière du débiteur, puisqu'alors c'est un mandat, et que, d'après l'article 2001, l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû à compter du jour des avances constatées; et l'on doit aussi, selon notre opinion, le décider ainsi pour le cas même où le cautionnement a été donné à l'insu du débiteur; car la

(1) Pothier, traité *des Obligations*, n° 439, est toutefois d'un avis contraire; il ne fait courir les intérêts que du jour de la demande. Mais Rousseau de la Combe, v° *Caution*, sect. 6, n° 9, est de notre avis, et il cite un arrêt du 22 juillet 1682 qui a jugé conformément à cette opinion, qui est aussi celle de M. Delvincourt.

caution qui, de son propre mouvement, a voulu rendre service au débiteur, mérite autant de faveur que celle qui l'a cautionné à sa demande.

Et dans les sommes déboursées par la caution, nous comprenons les intérêts qu'elle a payés en l'acquit du débiteur; les intérêts lui en sont donc dus aussi de plein droit, sans que le débiteur puisse dire qu'on exerce à son égard un anatocisme, car il n'y a d'anatocisme que dans les cas où les intérêts des intérêts sont exigés par la même personne à laquelle l'intérêt primitif était dû; or, les intérêts payés par une caution forment pour elle un capital; et c'est ainsi que l'ont envisagé, et avec raison, les rédacteurs du Code, dans l'article 1155.

353. La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur (art. 2029); et cela, comme nous l'avons dit plus haut, soit que le cautionnement ait été donné de l'ordre ou simplement au su de ce dernier, soit qu'il ait été donné à son insu.

Cette subrogation légale, qui est surtout d'un grand avantage pour la caution lorsque le créancier avait un privilége ou une hypothèque sur les biens du débiteur, cette subrogation, disons-nous, a rendu superflue celle que la caution, dans le Droit romain, et dans notre ancienne jurisprudence française, était dans l'usage de de-

mander au créancier, et qui s'opérait par une cession des droits et actions de ce dernier, au moment du paiement. Mais après le paiement, cette cession ne pouvait plus avoir lieu, par la raison toute simple que le créancier payé n'avait plus rien à céder. Toutefois si, en payant, la caution s'était réservé la cession, non-seulement le créancier pouvait encore la faire, mais il le devait. *Voyez* sur ces points les lois 36, ff. *de Fidejuss. et Mandat.*, et 76, ff. *Solutionib.*

Le créancier qui poursuivait en paiement la caution, pouvait être forcé de lui céder ses actions contre le débiteur et les autres cofidéjusseurs : sinon, elle pouvait le repousser par l'exception dite *cedendarum actionum*; L. 17, ff. *de Fidejuss. et Mand.*

Le Droit actuel est infiniment plus simple, et c'est aux observations de Dumoulin, dans les célèbres leçons qu'il fit à Dôle (1), que la jurisprudence doit cette importante amélioration.

354. Puisque la caution qui a payé la dette est subrogée de droit à l'action du créancier, il suit de là que, lorsqu'il y avait plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution qui les a tous cautionnés, a, contre chacun d'eux, le recours pour la répétition de ce

---

(1) Voyez ce que nous avons dit à ce sujet au tome XII, n° 147.

qu'elle a payé (art. 2030), ainsi que pour les dédommagemens dont il vient d'être parlé.

Au lieu que si les divers débiteurs, obligés conjointement à la même dette, l'étaient sans solidarité, ni légale ni conventionnelle, la caution qui a payé toute la dette, n'aurait de recours contre chacun d'eux que pour sa part, encore qu'elle se fût fait subroger conventionnellement par le créancier, attendu que celui-ci n'eût pu lui-même demander à chacun des débiteurs que sa part dans la dette; la caution, simplement subrogée à ses droits, n'en peut donc avoir de plus étendus.

355. Si la caution qui a payé la dette n'avait cautionné qu'un ou plusieurs des débiteurs solidaires, elle aurait action pour le tout contre ceux qu'elle aurait cautionnés; et, contre les autres, elle aurait seulement une action divisée, en proportion de leur part virile dans la dette, et en raison aussi de la part qu'ils devraient supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des co-débiteurs, conformément aux articles 1213 et 1214; car elle est subrogée aux droits des débiteurs qu'elle avait cautionnés : or, ceux-ci, s'ils avaient eux-mêmes payé la dette, auraient eu, contre leurs co-débiteurs, un semblable recours.

Mais si elle s'est fait subroger conventionnellement aux droits du créancier, en le payant, elle

a un recours pour le tout contre chacun des débiteurs solidaires, puisque si un tiers avait payé la dette avec subrogation, il aurait un pareil recours (1).

356. Pour que la caution ait son recours contre le débiteur ou les co-débiteurs, il ne suffit toutefois pas qu'elle ait payé la dette, il faut aussi qu'elle l'ait fait utilement pour eux : en conséquence, si, après avoir payé, elle n'a point averti le débiteur, et que celui-ci, dans l'ignorance de ce paiement, ait payé lui-même, soit au créancier de mauvaise foi, soit à un mandataire de ce dernier, qui ignorait le paiement fait par la caution, elle n'a point de recours contre le débiteur; elle a seulement une action en répétition contre le créancier (art. 2031). En effet, la caution est en faute de n'avoir pas prévenu le débiteur.

S'il y avait contestation sur le point de savoir si la caution l'a prévenu, ce serait à elle à prouver ce fait, parce qu'il n'est pas présumable que le débiteur ait voulu nuire à la caution, en payant lui-même de nouveau la dette. Mais ce fait pourrait être établi par tous les moyens de droit, même par la seule preuve testimoniale, car ce n'est qu'un simple fait. Le Code n'exige

---

(1) Voyez, sur l'un et l'autre point, tome XII, nº 170.

pas que la caution fasse une notification en forme au débiteur; il veut seulement qu'elle l'avertisse du paiement fait par elle.

357. Et si c'était, au contraire, le débiteur qui eût payé la dette, sans avertir la caution, qui, dans l'ignorance de ce paiement, l'a payée de nouveau, et sans être poursuivie, cette caution n'aurait point non plus de recours contre lui, aux termes de la seconde disposition de l'article 2031, portant : « Lorsque la caution a payé « sans être poursuivie et sans avoir averti le dé-« biteur principal, elle n'a point de recours à « exercer contre lui dans le cas où, au moment « du paiement, ce débiteur avait eu des moyens « pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son « action en répétition contre le créancier. » Or, le débiteur qui avait déjà payé avait certainement bien un moyen de faire déclarer la dette éteinte, et si la caution, avant de payer, l'eût averti du paiement qu'elle se proposait de faire, le débiteur lui aurait fait connaître sa libération, et aurait ainsi prévu le second paiement; elle est donc en faute.

Il n'est toutefois pas nécessaire, pour que cette disposition soit applicable, qu'il y ait le concours des deux circonstances exprimées : défaut de poursuites contre la caution et défaut d'avertissement de la part de celle-ci; autrement il résulterait de là que la caution qui aurait payé sur poursuites

aurait son recours contre le débiteur, quoique celui-ci, lors du paiement, eùt des moyens de faire déclarer la dette éteinte, et quoiqu'elle ne l'eût point averti, c'est-à-dire, dans l'espèce, quoiqu'elle ne lui eût point dénoncé les poursuites, ne l'eût point appelé en garantie; or, cela serait contraire à tous les principes, et bien évidemment à l'article 1640. Il faut donc entendre l'article 2031 comme s'il avait dit : lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, ou lorsque, étant poursuivie, elle a payé sans l'avertir, elle n'a point de recours contre lui, si, au moment du paiement, ce débiteur avait des moyens propres à faire déclarer la dette éteinte : par exemple, le moyen de prescription (1), une remise qui lui a été faite, un paiement, une compensation qui s'est opérée entre lui et le créancier, la perte, arrivée par cas fortuit, de la chose qui était due, etc. Mais des moyens qui étaient personnels à la caution, et que celle-ci a négligé de faire valoir, par exemple son état de femme mariée non autorisée lorsqu'elle a cautionné, ne pourraient être allégués par le débiteur. Celui-ci ne pourrait pas davantage, du moins généralement, opposer de simples nullités de procédure que la caution

---

(1) Car la caution n'a pas le droit d'y renoncer; c'est à ellle à appeler le débiteur pour qu'il ait à voir s'il lui convient ou non de l'opposer.

aurait pu faire valoir, ni des exceptions dilatoires, ni enfin des exceptions d'incompétence négligées par elle.

358. Ce n'est pas seulement après avoir payé la dette que la caution peut agir contre le débiteur; elle le peut même, en certains cas, avant d'avoir payé. Ces cas sont expliqués dans l'article 2032, ainsi conçu :

« La caution, même avant d'avoir payé, peut « agir contre le débiteur, *pour être par lui indem-* « *nisée*, dans les cinq cas suivans :

« 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour « le paiement ;

« 2° lorsque le débiteur a fait faillite ou est en « déconfiture;

« 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rap- « porter sa décharge dans un certain temps;

« 4° Lorsque la dette est devenue exigible par « l'échéance du terme sous lequel elle avait été « contractée;

« 5° Au bout de dix années, lorsque l'obliga- « tion principale n'a point de terme fixe d'é- « chéance, à moins que l'obligation principale, « telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à « pouvoir être éteinte avant un temps déterminé.»

359. Mais comment entend-on ici que la caution, avant d'avoir payé, peut agir *pour être indemnisée?* On ne conçoit que deux manières de

la rendre indemne, de la mettre à l'abri de tout préjudice : c'est la décharge de son cautionnement, ou la condamnation du débiteur à une somme égale au montant de la dette; mais cela n'est pas sans quelque difficulté dans l'exécution.

Ainsi, dans le premier cas prévu à notre article, la caution poursuivie en paiement par le créancier a incontestablement le droit d'appeler en garantie le débiteur, pour que celui-ci ait à lui rapporter sa décharge, soit en payant la dette, soit en prenant des arrangemens avec le créancier; mais si la caution n'est pas dans le cas de pouvoir invoquer le bénéfice de discussion, le créancier n'en continuera pas moins ses poursuites contre elle, si on ne le paie pas, et elle sera condamnée en son nom personnel, comme caution. En vertu de ce résultat inévitable, la caution demande donc, de son côté, la condamnation du débiteur, envers elle, à une somme égale au montant de la dette, aux frais faits depuis l'assignation en garantie, et au coût de l'exploit de la demande principale; mais le débiteur objecte qu'il ne doit pas deux fois la somme, et qu'il y aurait danger pour lui à le condamner purement et simplement, envers la caution, à lui en payer le montant, puisque cette caution, nonobstant la condamnation que le créancier va faire prononcer contre elle, pourrait fort bien ne pas payer, auquel cas le créancier, qui l'a toujours pour obligé, ne manquerait pas de le

poursuivre ; en telle sorte qu'il se trouverait exposé à payer deux fois. Pothier s'exprime ainsi sur ce premier cas de notre article 2032, au n° 442 de son *Traité des Obligations :*

« Selon notre pratique française, la caution « n'est pas obligée, pour pouvoir poursuivre le « débiteur, d'attendre qu'elle ait été condam-« née. Aussitôt qu'elle est poursuivie par le « créancier, elle peut assigner le débiteur princi-« pal, comme son garant, pour qu'il soit tenu de « l'acquitter. Elle doit même le faire, faute de « quoi le débiteur n'est point tenu d'acquitter « la caution des frais faits avant qu'il ait été ap-« pelé en cause, mais seulement de l'exploit de « demande originaire, et des frais faits depuis « qu'il a été mis en cause. »

On voit que Pothier ne s'explique que sur le droit incontestable qu'a la caution, dans ce cas, d'appeler en garantie le débiteur, pour qu'il ait à lui procurer sa décharge, et non sur la condamnation que peut requérir la caution contre lui, aux fins *d'être par lui indemnisée*, s'il n'a pas pu la lui procurer, et lui éviter ainsi d'être condamnée elle-même envers le créancier. Pour nous, nous pensons que la condamnation requise par la caution doit avoir lieu, mais à la charge par elle de déposer la somme, pour la compter au créancier et obtenir par là sa décharge. De cette manière, les droits de tous sont conservés. Les rédacteurs du Code n'ont pas pu vouloir que la

caution, sous prétexte de *l'indemnité* qui pourrait lui être due, pût forcer le débiteur à lui compter le montant de la dette, avant de l'avoir libéré; ils n'ont pas entendu que celui-ci pourrait être exposé à payer deux fois; or, c'est évidemment ce qui aurait lieu, si la caution, après avoir reçu du débiteur le montant de la condamnation qu'elle aurait obtenue contre lui, venait à ne pas payer le créancier. *L'indemnité* doit être entendue, comme l'explique d'ailleurs très-bien l'article 2039, en ce sens que la caution peut poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement de la dette. On n'a pas pu raisonnablement vouloir dire autre chose.

360. Sur le second cas, celui où le débiteur est en faillite ou en déconfiture, Pothier, au même endroit, où il analyse la loi 10 au Code, *Mandati*, dit : « Le second cas où la caution peut agir « contre le débiteur avant d'avoir payé, est lors- « que celui-ci est en déroute, *neque posteà bona* « *sua dilapidare comprobare possis :* en ce cas, la « caution, quoiqu'elle n'ait pas encore payé, « peut faire saisie-arrêt sur les biens du débiteur « principal, afin qu'ils répondent du paiement. »

Mais du droit qu'a la caution d'agir contre le débiteur en faillite ou en déconfiture, même avant d'avoir payé la dette, suit-il qu'elle a celui de se présenter dans les distributions de deniers faites sur le débiteur concurremment avec le créancier?

Il est clair, d'abord, qu'elle ne peut y prendre un sou au préjudice de ce dernier; aussi n'est-ce pas à son égard que la question peut s'élever, c'est à l'égard des autres créanciers. Supposons un débiteur devant 40,000 fr. y compris la dette cautionnée, qui est de 10,000 fr. Il a seulement pour 20,000 fr. de biens, et, pour plus de simplicité dans l'espèce, il n'y a ni priviléges ni hypothèques, ou ceux qu'il y avait ont été effacés par le paiement, et il reste toujours 20,000 fr. à distribuer par contribution. Si la caution et le créancier pouvaient concourir dans les distributions de deniers, il se trouverait y avoir pour 50,000 fr. de dettes, au lieu de 40,000 seulement qu'il y en a en réalité; la caution, ainsi que le créancier, aurait un cinquième du dividende de 20,000 fr. ou 4,000 fr.; le créancier prendrait aussitôt ces 4,000 fr. des mains de la caution, sa débitrice, et, de cette manière, il aurait 8,000 fr. ou les deux cinquièmes du dividende commun, tandis qu'il n'en doit avoir que le quart ou 5,000 francs seulement; et la caution, qui n'a encore rien payé, touchant ainsi 4,000 fr., serait libérée d'autant envers le créanier, comme si elle les avait payés de sa bourse. En un mot, la même créance figurerait doublement dans les distributions faites sur le débiteur, et cela, contre tous les principes et le simple bon sens.

Le créancier, sans doute, quoique garanti par un cautionnement, a le droit de figurer, pour la

totalité de sa créance, dans les distributions faites sur le débiteur en faillite ou en déconfiture, et, s'il a déjà reçu quelque chose de la caution, pour la totalité de ce qui lui reste dû : c'est la disposition formelle de l'article 538 du Code de commerce. Mais du moins, d'après cet article, la caution elle-même ne peut y figurer que pour ce qu'elle a payé à l'acquit du débiteur, afin que la même créance ne figure pas à double titre dans les distributions faites sur celui qui la doit. Le débiteur, en effet, ne la doit pas deux fois. L'action en indemnité qu'a la caution contre lui, avant même d'avoir payé, s'entend, comme nous l'avons dit, d'une action pour obtenir sa décharge, ou, si elle ne peut y parvenir, d'une action pour obtenir condamnation, mais une condamnation qu'elle ne devra exécuter qu'autant qu'elle l'aura libéré envers le créancier. Que cette caution paie le dette, alors elle prendra la place de ce dernier dans les distributions, et, de la sorte, les autres créanciers n'auront pas à subir un concours qui leur serait si funeste.

Une telle manière d'agir serait ordinairement le résultat d'une connivence entre le créancier et la caution, mais cette connivence ne doit point nuire aux autres créanciers du débiteur. Si la caution, dans l'espèce, avait payé la dette, elle ne toucherait que 5,000 fr. du dividende commun, et perdrait ainsi 5,000 fr., sauf ses droits contre le débiteur, au cas où celui-ci viendrait à

acquérir de nouveaux biens. Au contraire, n'ayant pas payé la dette, et voulant cependant se présenter dans les distributions avec le créancier, elle procurerait un avantage à celui-ci, qui toucherait les deux cinquièmes du dividende commun, ou 8,000 fr., au lieu que sans le concours de la caution, il n'en aurait eu que le quart ou 5,000 fr. seulement; et elle s'en procurerait un fort considérable à elle-même, puisqu'elle n'aurait plus à lui payer que 2,000 fr., tandis qu'elle aurait encore à lui en payer 5,000 sans son concours. Or, doit-il dépendre d'elle de faire varier ainsi les droits des autres créanciers? Non, sans doute. Notre disposition est tirée de la loi 10 au Code, *Mandati vel contrà*, qui permettait effectivement à la caution d'agir contre le débiteur même avant d'avoir payé la dette, lorsque ce dernier était tombé en déconfiture; mais le concours dont il s'agit ne pouvait résulter de cette loi : il n'était pas à craindre; car le créancier ne pouvait, alors, poursuivre le débiteur et la caution; il n'avait que le choix de poursuivre l'un ou l'autre; en sorte que s'il avait poursuivi et fait condamner le débiteur, la caution étant libérée par l'espèce de novation qui résultait de la litis-contestation opérée entre lui et le débiteur, cette caution n'avait pas à intervenir dans les distributions de deniers qui étaient faites ensuite sur ce dernier; et si c'était elle que le créancier eût poursuivie et fait condamner, comme le dé-

biteur, par l'effet du même principe, était libéré, le créancier n'avait pas non plus à intervenir dans les distributions faites sur lui. Mais précisément comme le créancier, dans le cas de déconfiture du débiteur, n'eût pas manqué de s'adresser à la caution plutôt qu'à lui, il avait paru juste d'accorder à celle-ci, en danger de perdre le montant de ce qu'elle aurait à payer pour le débiteur, le droit d'agir contre lui avant même d'avoir payé, pour sauver ce qu'elle pourrait, en venant, avec les autres créanciers de ce même débiteur, dans les distributions de deniers faites sur celui-ci, et pour cela, s'il était nécessaire, d'obtenir même condamnation contre lui; or, elle le peut également dans notre Droit, mais ce n'est pas avec cet effet, contraire aux vrais principes, de pouvoir se faire rembourser de la dette avant de l'avoir payée elle-même, et par conséquent de pouvoir concourir avec le créancier non payé, dans les distributions de deniers faites sur le débiteur; cette prétention, que nous avons cependant vu élever, nous paraît insoutenable.

C'est ce que M. Pardessus explique très-bien dans son *Cours de Droit commercial*, tome IV, nos 1214 et suivans. Il suppose d'abord le cas d'une dette contractée par plusieurs solidairement, dont l'un vient à tomber en faillite. « Le « créancier, dit-il, peut se présenter dans la « masse de chacun des codébiteurs faillis, soit « lorsque le codébiteur non failli ne lui a rien

« payé, soit lorsqu'il ne lui a payé qu'un à-compte. « Si le créancier n'a rien touché des autres codé- « biteurs, et qu'il vienne se faire vérifier dans la « masse de l'un d'entre eux tombé en faillite, les « autres codébiteurs ne peuvent y être admis à « leur tour, sous prétexte que la faillite pourra, « par l'effet des distributions, ne pas payer au « créancier une somme égale à la portion virile « du failli, et que, par conséquent, ils ont une « juste crainte d'être obligés de la compléter, ce « qui leur donnerait une action en garantie pour « ce complément. Si leur prétention était accueil- « lie, *la faillite admettrait deux fois la même « créance.* Seulement, lorsque le créancier ne se « présente pas, l'intérêt des codébiteurs à ce que « ce dernier conserve ses droits, ou à les exercer « en son lieu et place, justifie leur présentation, « et ils doivent être admis, *sauf à les écarter, si le « créancier se présentait lui-même.*

« Lorsqu'un des codébiteurs a payé au créan- « cier un à-compte supérieur à sa part, il peut « se présenter dans la faillite de son codébiteur. « Mais ce fait seul ne suffit pas pour le faire ad- « mettre; et lors même qu'il serait admis, il ne « faudrait pas en conclure que, toujours, il pour- « rait exiger un dividende pour ce qu'il aurait « payé à la décharge du failli. Si le créancier, « que nous supposons s'être aussi présenté, « *prend l'intégralité du dividende que la créance doit « obtenir, le co-débiteur n'y a plus de droits.*

Passant au cas de cautionnement, qui doit évidemment se décider par les mêmes principes. M. Pardessus poursuit et dit, au n° 1216 : « L'objet du cautionnement est, comme on l'a « vu n° 585, de garantir au créancier le paiement « intégral de ce qui lui est dû. La faillite du dé- « biteur ne permettant pas que le créancier soit « satisfait par la masse, il a le droit de s'adresser, « lors de l'échéance, à la caution, ainsi que nous « l'avons dit n° 1129. Si la caution paie le créan- « cier, elle peut, conformément aux principes « sur la subrogation, réclamer, dans la faillite, « le dividende que produira la créance principale, « et par conséquent se présenter à la vérification « des créances pour être admise. Elle le pourrait « aussi avant d'avoir rien payé, *dans le cas où le* « *créancier ne se présenterait pas*, puisqu'elle y a « intérêt, *sauf le droit de la masse de l'écarter, si* « *le créancier se présentait ensuite; car autrement il* « *y aurait double emploi.* »

Ces principes, nous le répétons, nous paraissent incontestables; ce ne serait que par des sophismes qu'on pourrait chercher à les obscurcir.

361. Dans le cas où le débiteur failli a fait un concordat avec ses créanciers, il n'y a pas de difficulté, si la caution se trouvait avoir payé la dette avant ce traité, soit avant la faillite, soit depuis; elle prend la place du créancier, exerce ses droits, et supporte sa part des remises qui sont faites au

débiteur. Mais il n'en est pas tout-à-fait de même si le créancier n'a pas été payé par la caution.

D'abord il faut remarquer que la circonstance que sa créance est garantie par un cautionnement ne lui ôte pas, comme si c'était un gage ou une hypothèque (art. 520), voix délibérative dans le concordat, et si ce traité ne donne que 50/100, par exemple, le créancier ne peut plus, il est vrai, poursuivre le débiteur pour la partie remise, mais il n'en a pas moins encore le droit de poursuivre la caution pour la totalité de la créance, tant qu'elle lui reste due, lors même qu'il n'aurait pas fait de réserves à cet égard dans le traité fait avec le débiteur; car cette remise n'est point une remise volontaire, qui aurait profité aussi à la caution, si c'en eût été une, c'est une remise forcée, faite au débiteur en considération de sa position, et pour tirer le meilleur parti de la créance; et l'on n'exige d'ailleurs une caution que dans la vue où le débiteur serait ou deviendrait insolvable (1). Il n'y a pas non plus de difficulté

---

(1) *Vide* tome XII, n° 376, et surtout 377, quant au cas où le traité est intervenu entre un non-négociant et ses créanciers : les remises qui lui sont faites profitent à ses cautions, parce qu'elles sont *volontaires;* et elles profitent aussi aux codébiteurs solidaires, à moins que le créancier n'ait réservé ses droits contre ceux-ci, auquel cas il ne peut même répéter d'eux la dette, que sous la déduction de la part de celui auquel il a fait la remise, et de la part qu'il aurait eue à supporter dans l'insolvabilité de tel ou tel des codébiteurs.

à cet égard ; il s'en est élevé seulement sur le point de savoir si la caution ayant ensuite payé la totalité de la créance, ou seulement la partie remise au débiteur par le concordat, elle a, dans le premier cas, son recours pour le tout contre le débiteur, et, dans le second, pour ce qu'elle a payé.

Pour l'affirmative, l'on peut dire que la caution ne doit pas être liée par un traité auquel elle n'a pas figuré, et qu'ayant payé ce que le débiteur l'avait chargé de payer, au cas où il ne le paierait pas lui-même, il est juste qu'elle en soit remboursée.

Mais en faveur du débiteur, l'on dit, et avec raison, que sa position ne doit pas être différente de ce qu'elle eût été si la caution avait payé la dette avant la faillite, ou même depuis la faillite, mais avant le concordat ; or, si la caution eût payé avant le concordat, elle eût pris la place du créancier, et n'eût reçu, comme lui, que 50/100, en raison de la position du débiteur ; et il ne tenait qu'à elle de figurer au concordat, en payant la dette.

S'il en était autrement, le débiteur, par rapport à cette dette, ne jouirait pas du bénéfice dont il a été jugé digne en considération de ses malheurs et de sa position ; ce qui ne doit pas être. La caution qui a payé toute la dette ne peut donc lui demander que ce que le créancier s'est réservé le droit, par le concordat, de pouvoir lui demander lui-même, c'est-à-dire, dans l'espèce,

50/100. Et si le débiteur ayant payé les 50/100 qu'il s'est soumis à payer, la caution a payé les autres 50, elle n'a point d'action contre lui; elle ne peut pas lui demander 25, en argumentant du concordat, car, de la sorte, le débiteur se trouverait payer 75/100 quant à cette dette, tandis qu'il a été jugé, relativement à toutes les dettes qu'il avait alors, digne d'une remise de 50/100. *Voyez*, au surplus, sur ce point, ce que nous avons dit au tome XII, n° 378, en traitant de la remise de la dette, où nous rapportons un arrêt de cassation du 22 mars 1814, qui a jugé conformément à ces principes, en réformant une décision de la Cour de Bruxelles, qui s'en était écartée.

362. Il faut au surplus remarquer que le débiteur principal est bien privé du bénéfice du terme par sa faillite (art. 1188), et, comme nous l'avons expliqué sur cet article, par sa déconfiture; mais la caution n'en est pas privée pour cela; car rien n'empêche qu'une caution n'ait un terme qui n'aurait pas été accordé au débiteur principal, ou n'en ait un plus long que celui qui a été accordé à ce dernier; par conséquent rien ne s'oppose à ce qu'elle conserve celui dont le débiteur s'est privé de lui-même. *Vide* aussi, sur ce point, ce qui a été dit au tome XI, n° 120.

Toutefois, si le cautionnement est sur un effet de commerce, alors s'applique l'article 488 du Code de commerce, portant : « L'ouverture de

« la faillite du débiteur rend exigibles les dettes « passives non échues : à l'égard des effets de « commerce par lesquels le failli se trouvera être « l'un des obligés, les autres obligés ne seront « tenus que de donner caution pour le paiement, « à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immé- « diatement. » Ainsi, dans ces sortes d'effets, ceux qui les ont cautionnés, par aval ou autrement, sont au moins tenus de fournir eux-mêmes caution du paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. La sûreté du commerce le voulait ainsi.

363. Le troisième cas où la caution peut agir contre le débiteur avant d'avoir payé la dette, est celui où le dernier s'est obligé à lui rapporter sa décharge dans un certain temps qui se trouve maintenant expiré. Dans ce cas, la caution peut conclure contre lui à ce qu'il lui rapporte sa décharge, ou qu'il lui fournisse somme suffisante pour payer la dette, ou du moins que cette somme soit mise en dépôt par le débiteur jusqu'à ce que la caution, en la faisant retirer par le créancier, lui rapporte sa quittance, et obtienne ainsi elle-même la décharge de son cautionnement.

La même décision s'applique au quatrième cas, celui où la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle a été contractée.

364. Mais le cinquième présente plus de diffi-

culté. « Au bout de dix années, lorsque l'obliga-
« tion principale n'a point de terme fixe d'é-
« chéance, à moins que l'obligation principale,
« telle qu'une tutelle (1), *ne soit pas* de nature à
« pouvoir être éteinte avant un certain temps. »

En effet, la rédaction de cette disposition ne rend pas la pensée de la loi, il y a une négation de trop, le mot *pas*, et qui change le sens grammatical de la phrase. On a voulu dire : la caution peut demander sa décharge au débiteur, au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme d'échéance, à moins cependant que cette obligation ne fût, comme une tutelle, de nature à pouvoir être éteinte avant un certain temps; car une tutelle est sujette à prendre fin dans un certain temps, et la caution, en s'en rendant garant, a bien dû mesurer la durée possible de son engagement. Au lieu de cela, notre article défend à la caution de demander sa décharge, même au bout de dix années depuis le cautionnement, lorsque l'obligation principale *n'est pas* de nature à pouvoir être éteinte avant un certain temps, car tel est le sens grammatical de sa dernière partie; *à moins que l'obligation principale ne soit* PAS *de nature à pouvoir être éteinte avant un*

(1) On ne voit pas cependant que le Code suppose qu'un tuteur peut être astreint à fournir caution, ainsi que cela avait lieu dans le Droit romain, ce qui a probablement fourni aux auteurs cet exemple, dont les rédacteurs du Code se sont emparés.

certain temps. Or, une rente constituée en perpétuel n'est pas de nature à pouvoir être éteinte avant un certain temps, si ce n'est par le remboursement, ce qui est une chose accidentelle, qui ne tient point à la nature de l'obligation, mais à la volonté du débiteur; et dans ce cas de rente, précisément la caution peut exiger sa décharge au bout de dix ans. Tous les auteurs en conviennent, et c'est même particulièrement le cas que l'on a eu en vue dans la première partie de la disposition; c'est celui qu'ils donnent comme exemple, pour décider que la caution peut exiger sa décharge au bout de dix années depuis son engagement. Il faut donc, pour que cette même disposition ait un sens raisonnable, supprimer la négation exprimée par le mot *pas*, et dire : à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit de nature à pouvoir être éteinte avant un certain temps, auquel cas la caution, quoiqu'il se fût écoulé dix années depuis son engagement, ne pourrait cependant exiger du débiteur que celui-ci lui rapportât sa décharge.

Ce n'est pas tout : d'après la première partie de la disposition, la caution, en principe, a le droit de demander sa décharge au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance; or, dans le cas du cautionnement d'une rente viagère, d'un droit d'usufruit, ou du cautionnement donné par un mari pour sûreté de la restitution de la dot de la femme, on

ne peut pas dire que l'obligation principale a un terme *fixe* d'échéance, puisqu'on ne sait pas quand la rente viagère ou l'usufruit s'éteindra, quand le mariage se dissoudra; et cependant, dans les anciens principes, on tenait généralement que la caution, dans ces divers cas, ne peut pas exiger du débiteur sa décharge au bout de dix années, attendu, disaient Dumoulin, Pothier et nos autres bons auteurs, que la caution qui a garanti de tels engagemens a évidemment entendu les garantir pour toute leur durée, puisqu'elle n'a point limité celle du sien, et qu'elle savait bien qu'ils pourraient durer plus de dix années; que cette obligation du débiteur, de procurer à la caution sa décharge au bout de dix années, et par suite de fournir une autre caution, jetterait une grande perturbation dans les droits du mari, de l'usufruitier, ou du débiteur de la rente viagère, lorsque ceux-ci ne pourraient trouver une autre caution ayant toutes les qualités requises; ce qui arriverait fréquemment.

Aussi, M. Delvincourt, s'attachant aux développemens donnés par Pothier sur ce point, ne s'est pas arrêté à la rédaction de cette dernière partie de notre article 2032; il dit : « Enfin, au « bout de dix années, lorsque l'obligation prin« cipale n'a aucun terme d'échéance. Il en serait « autrement, si elle était de nature à s'éteindre à « une époque quelconque, soit déterminée,

comme une tutelle (1), soit indéterminée, « comme une rente viagère, quand même cette « époque se prolongerait au-delà de dix an-« nées. »

Tel est, nous le croyons, le véritable sens de notre disposition. Comment, en effet, le débiteur d'une rente viagère pourrait-il procurer à la caution sa décharge, puisqu'il ne peut rembourser la rente (art. 1979)? Au lieu que le débiteur d'une rente constituée en perpétuel peut très-bien la rembourser, et libérer ainsi sa caution.

SECTION III.

De l'effet du cautionnement entre les cofidéjusseurs.

SOMMAIRE.

365. *Droit romain touchant le recours du fidéjusseur qui avait payé la dette, contre ses cofidéjusseurs.*

366. *Texte de l'art.* 2033 *du Code sur ce point, et développemens.*

367. *Suite.*

368. *Suite.*

369. *Cas où les diverses cautions, dont l'une a payé la dette, n'ont pas toutes cautionné les mêmes débiteurs solidaires.*

370. *Cas où c'est un certificateur de caution qui a payé la dette.*

365. Suivant le Droit romain, celui des cofidé-

---

(1) Qui finit ordinairement, il est vrai, à la majorité du mineur; mais celle d'un interdit, lorsqu'elle est exercée par le conjoint ou par un ascendant, ne finit pas et ne peut pas finir à une époque déter minée.

jusseurs qui avait payé la dette n'avait pas de son chef d'action contre les autres, parce qu'il avait, disait-on, fait son affaire, et que ceux-ci ne s'étaient point obligés envers lui. Pour qu'il pût avoir un recours contre eux, il aurait fallu que le créancier, lors du paiement (1), lui eût fait la cession de ses actions, auquel cas celui-ci était considéré comme les lui ayant en quelque sorte vendues. L. 36, ff. *de Fidejus.*

Mais le fidéjusseur poursuivi par le créancier pouvait toutefois le repousser par l'exception *cedendarum actionum*, s'il ne voulait pas, sur l'offre du paiement, lui céder ses actions. L. 17, *eod. tit.*

Ce que nous appelons *subrogation légale* n'avait donc pas lieu au profit du fidéjusseur contre ses cofidéjusseurs.

366. C'est encore un des points sur lesquels Dumoulin a porté ses lumineuses observations, et les rédacteurs du Code ont admis, comme il le voulait, que celle des cautions qui paierait la dette, ou qui en paierait au-delà de sa portion, soit parce qu'elle a renoncé au bénéfice de division dans le contrat, soit parce qu'elle ne veut pas l'opposer, aurait de plein droit son recours contre les autres, pour leur en faire supporter leur part.

---

(1) Après coup il n'aurait plus eu rien à céder. L. 76, ff. *de Solut.*

« Lorsque, dit l'article 2033, plusieurs per-
« sonnes ont cautioné un même débiteur, pour
« une même dette, la caution qui a acquitté la
« dette a recours contre les autres cautions, cha-
« cune pour leur part et portion. »

« Mais ce recours n'a lieu que lorsque la cau-
« tion a payé dans l'un des cas énoncés en l'ar-
« ticle précédent. »

Les cas de l'article précédent où l'on peut supposer que l'une des cautions a payé la dette, sont le premier, le second et le quatrième, c'est-à-dire celui où la caution était poursuivie en justice pour le paiement, celui où le débiteur est tombé en faillite ou en déconfiture, et enfin celui où la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée; car, dans le troisième, la caution, loin de payer la dette, agit contre le débiteur pour que celui-ci lui rapporte sa décharge, et il en est de même dans le cinquième.

Et ce ne serait même pas dans tous les cas où la caution a payé la dette à l'échéance du terme, que cette caution pourrait exercer son recours contre ses cofidéjusseurs; elle ne le pourrait qu'autant qu'elle pourrait l'exercer contre le débiteur lui-même; or, nous avons vu que, d'après l'article 2031, elle n'a pas de recours contre le débiteur qui a payé de nouveau la dette, lorsqu'elle ne l'a pas averti du paiement par elle fait, ni lorsque payant sans être poursuivie et sans

avoir averti le débiteur principal, celui-ci justifie qu'au moment du paiement il avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf à la caution, dans ces cas, son action en répétition contre le créancier. Et ce que nous disons ici de la caution qui a payé à l'échéance du terme, sans être poursuivie, s'applique également à la caution qui paierait sur poursuites, si elle payait sans dénoncer les poursuites au débiteur, sans l'appeler en garantie, dans le cas où celui-ci avait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte : elle n'aurait point non plus de recours contre ses cofidéjusseurs.

367. Enfin il résulte aussi de notre article 2033 que, si la caution a payé *avant l'exigibilité de la dette,* elle n'a point personnellement de recours contre ses cofidéjusseurs, quand bien même le débiteur n'aurait pas payé depuis et n'aurait pas eu, soit au temps du paiement, soit à l'échéance du terme, des moyens de faire déclarer la dette éteinte; car cette caution ne pourrait pas dire qu'elle a payé dans un des cas prévus à l'article 2032. Ainsi, ce ne serait pas seulement un retard dans l'exercice du recours, et jusqu'a l'échéance du terme de la dette, que pourraient lui opposer les cofidéjusseurs; ce serait le défaut de recours. L'on peut justifier ce résultat de notre article, en disant que si la caution ne s'était pas empressée de payer, le débi-

teur l'aurait peut-être fait lui-même à l'échéance, et si cela avait eu lieu, les cofidéjusseurs auraient été libérés.

Toutefois, si la caution, en payant la dette avant l'échéance, s'était fait subroger conventionnellement par le créancier, il serait bien difficile de lui refuser le recours contre ses cofidéjusseurs, sur le prétexte qu'elle n'a pas payé dans un des cas exprimés à l'article 2032; car si un tiers avait payé la dette avant l'échéance, et avec subrogation aux droits du créancier, il aurait bien certainement eu action contre eux, comme s'il eût payé à l'échéance; seulement, pour agir il eût obligé d'attendre l'expiration du terme, ainsi que la caution sera tenue de le faire. Or, la caution subrogée conventionnellement doit bien avoir, sous ce rapport, le droit qu'aurait un tiers subrogé.

368. Nous disons *sous ce rapport*, parce que ce n'est pas en effet sous tous les rapports qu'on devrait assimiler à un tiers qui aurait payé la dette avec subrogation, la caution qui l'a payée, même avec subrogation conventionnelle. Le premier a l'action pour le tout contre chacune des cautions, sauf à celle qui serait poursuivie, à opposer le bénéfice de division, si elle n'y avait pas renoncé; et, tout en l'opposant, elle aurait à supporter sa part de la perte résultant de l'insolvabilité d'un cofidéjusseur, existante au moment

où s'opérerait la division, et le tiers n'en supporterait rien. Au lieu que la caution qui a payé la dette ne peut poursuivre chacun des autres cofidéjusseurs que pour sa part, et pour celle qu'il aurait à supporter dans l'insolvabilité de l'un d'eux, si l'un d'eux était insolvable, et la caution supporterait aussi la sienne, par argument de l'article 1214, encore qu'elle se fût fait subroger expressément par le créancier. C'est ce que nous avons déjà dit en parlant de la solidarité, au tome XI, n°s 243 et 244, et particulièrement démontré en traitant de la subrogation, tome XII, n°s 167 et 170.

369. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse de cofidéjusseurs proprement dits, c'est-à-dire, comme le suppose l'article 2033, de cautions qui ont toutes répondu pour la même dette et pour le même débiteur; mais il peut arriver que, dans une dette solidaire, chacun des débiteurs principaux fournisse une caution particulière, qui le cautionne seul, et non les autres; alors la circonstance que celle qui a payé la dette se serait fait subroger expressément par le créancier, ne serait pas sans quelque importance.

En effet, si la caution qui a payé ne s'est pas fait subroger expressément par le créancier, elle a bien action pour le tout contre le débiteur qu'elle a cautionné et libéré, mais elle n'a pas, de son chef, de recours contre le débiteur pour lequel

elle n'a point répondu, ni par conséquent contre la caution de celui-ci : elle n'a contre eux que l'action du débiteur qu'elle avait cautionné ; mais elle exerce toutefois cette action, comme subrogée à ses droits. Par exemple, trois personnes se sont obligées solidairement a payer trois mille francs, et chacune d'elles a fourni une caution qui l'a cautionnée seule, soit par l'acte même, soit par des actes séparés. La caution de l'une d'elles paie la dette : elle est subrogée pour le total contre le débiteur qu'elle a cautionné, cela va sans dire (art. 1251-3° et 2028); mais elle ne peut agir contre chacun des deux autres codébiteurs, en vertu de la subrogation légale, que pour mille francs seulement, ou le tiers de la dette, puisque le débiteur qu'elle a cautionné serait obligé, si c'était lui qui eût payé, de diviser entre eux son action en recours (art. 1213). Mais ce débiteur pouvant agir, dans cette mesure, contre chacun des deux autres codébiteurs principaux, et contre leurs cautions respectives, celle qui a payé la dette le peut pareillement, comme subrogée à ses droits.

Par rapport aux cautions entre elles, le résultat sera le même que si toutes trois avaient répondu pour les trois débiteurs principaux ; car en supposant même que l'un de ces derniers fût insolvable, ainsi que sa caution, sa part dans la dette devant être supportée par les deux autres codébiteurs (art. 1214), la caution de l'un de ces

débiteurs, qui a payé la dette, ne pourrait poursuivre celui qu'elle n'a pas cautionné, que pour la moitié seulement, ou 1,500 fr., et par conséquent sa caution pour la même somme, mais elle pourrait les poursuivre dans cette mesure. Et si la caution de l'insolvable était elle-même solvable, le recours de celle qui a payé la dette, vis-à-vis des autres cautions, se diviserait pour la part de chacune d'elles, parce que cette caution exercerait contre la caution du débiteur insolvable, l'action du débiteur qu'elle a libéré; et elle serait forcée de faire cette division ; elle ne pourrait demander 1,500 fr. à l'autre caution, sous prétexte que celui pour lequel cette caution a répondu doit supporter cette quotité de la dette, à cause de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs ; car la solvabilité de la caution du débiteur insolvable rend sans effet, quant à la division de la dette, l'insolvabilité de ce débiteur. Or, tout cela aurait lieu également si les cautions, au lieu de cautionner individuellement les débiteurs principaux, les avaient toutes cautionnés collectivement.

Que si la caution qui n'a cautionné que l'un des débiteurs solidaires s'est fait subroger conventionnellement par le créancier, elle a, du chef de celui-ci, contre chacun des débiteurs principaux, et contre leurs cautions respectives, action pour le tout, moins la part du débiteur qu'elle a cautionné et la part qu'il aurait à supporter dans

l'insolvabilité de l'un des codébiteurs. Il ne lui était pas en effet défendu de se faire subroger conventionnellement, et le créancier pouvait tout aussi bien lui consentir la subrogation qu'à un tiers.

370. Si c'est un certificateur de caution qui a payé la dette, il est subrogé non-seulement contre le débiteur, mais aussi contre la caution qu'il a certifiée. Et s'il y avait plusieurs débiteurs principaux et solidaires, cautionnés tous par la caution qui a fourni le certificateur de cautions, celui-ci, que nous supposons avoir payé la dette, aurait son recours pour le tout contre chacun de ces débiteurs, aussi bien que contre leur caution. Mais si, dans l'espèce, la caution n'avait cautionné que l'un ou plusieurs des débiteurs principaux, le certificateur de caution aurait bien son recours pour le tout contre chacun des débiteurs cautionnés, ainsi que contre leur caution; mais contre les autres, il n'aurait action que pour la part de chacun d'eux dans la dette, ainsi que pour la portion qu'ils devraient supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des débiteurs principaux; et la même action aurait lieu contre leurs cautions, s'ils en avaient aussi fournies.

CHAPITRE III.

De l'extinction du cautionnement.

SOMMAIRE.

371. *L'obligation résultant du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations.*

372. *La perte du corps certain dû par le débiteur, et arrivée par la faute ou depuis la mise en demeure de celui-ci, ne libère pas la caution; mais la perte arrivée par le fait de la caution n'empêche pas le débiteur d'être libéré.*

373. *Effet de la confusion opérée dans la personne du débiteur ou du fidéjusseur, lorsqu'ils deviennent héritiers purs et simples l'un de l'autre.*

374. *La confusion n'a pas lieu si la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire.*

375. *Même dans le cas où la succession a été acceptée purement et simplement, le cautionnement n'est pas réputé éteint par la confusion, si, à raison de quelqu'exception personnelle au débiteur, il était plus avantageux au créancier que l'obligation principale elle-même.*

376. *La confusion qui s'est opérée et qui a éteint le cautionnement, dans le cas où le débiteur est devenu l'unique héritier de la caution, n'a pas éteint l'hypothèque que la caution avait fournie sur ses biens.*

377. *Dans notre Droit, la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur et de la caution, en devenant héritiers l'un de l'autre, n'éteint pas l'obligation du certificateur de caution.*

378. *Cas où c'est le créancier qui a succédé à la caution, ou la caution au créancier.*

371. L'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations (art. 2034) ; sauf l'effet d'une exception purement personnelle au débiteur (art. 2012); et tout ce qui a produit l'extinction de l'obligation principale, a produit par cela même l'extinction du cautionnement; car, dès qu'il n'y a plus de principal, il n'y a plus d'accessoire, et le cautionnement n'était qu'une obligation accessoire. Au lieu que le cautionnement peut fort bien s'éteindre sans que pour cela l'obligation principale cesse d'exister; c'est ce qui arrive notamment lorsque je cautionne seulement pour un certain temps, par exemple pendant dix années, le débiteur d'une rente constituée en perpétuel : au bout de ce temps mon cautionnement cesse, mais toutes fois pour l'avenir, et non pour les arrérages échus durant ces dix années, s'ils n'ont pas été payés ; sauf à moi à opposer, si je le juge à pro-

pos, la prescription pour ceux qui seraient échus depuis cinq ans révolus au moment où je serais poursuivi en paiement par le créancier (art. 2277).

372. Il faut remarquer que la caution de l'obligation de livrer un corps certain n'est pas libérée par la perte de cet objet, quoiqu'arrivée sans sa faute, si elle a eu lieu par la faute du débiteur principal, ou depuis que celui-ci a été mis en demeure, à moins, dans ce dernier cas, que la chose n'eût dû également périr chez le créancier, si elle lui avait été livrée (art. 1302); car la caution répond des faits du débiteur, *quia spopondit in totam causam* : LL. 91 § 4, ff. *de Verb. oblig.*, et 58 § 1, ff. *de Fidejuss.* Au lieu que si la chose a péri par la faute de la caution, le débiteur est libéré, comme si elle eût péri par le fait de tout autre, attendu qu'il ne répond pas des faits de sa caution, comme sa caution répond des siens. L. 88, ff. *de Verb. oblig.*

373. La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point, il est vrai, l'obligation principale (art. 1301), mais elle éteint généralement le cautionnement, en tout ou partie, selon que celui qui est devenu héritier de l'autre, l'est devenu pour le tout ou pour partie seulement; car il n'est pas dans la nature des choses qu'une personne soit sa propre

caution. Or, c'est cependant ce qui aurait lieu, dans l'espèce, si le cautionnement n'était pas éteint; mais, au contraire, il est absorbé par l'obligation principale, en tout ou partie, comme nous venons de le dire. En sorte que si la caution a succédé au débiteur pour moitié, par exemple, le cautionnement est éteint pour moitié, et subsiste encore pour l'autre moitié de la dette, due par l'autre héritier. Même décision, si c'est au contraire le débiteur qui a succédé pour moitié à la caution : le cohéritier du débiteur est encore tenu du cautionnement pour l'autre moitié de la dette.

374. Cette règle, que le cautionnement est éteint par la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, cesse d'être applicable quand celui des deux qui a succédé à l'autre est simplement héritier bénéficiaire, attendu qu'un des effets du bénéfice d'inventaire est précisément d'empêcher la confusion de s'opérer (art. 802). Et il est indifférent, à cet égard, que ce soit le débiteur qui ait succédé de cette manière à la caution, ou que ce soit la caution qui ait succédé au débiteur; en sorte que le créancier viendra sur les biens de l'héritier avec les autres créanciers de celui-ci, et sur les biens du défunt avec les créanciers de ce dernier; sauf encore à lui à exercer les priviléges ou hypo-

thèques qu'il pourrait avoir sur les biens de l'un ou de l'autre.

375. De plus, quand bien même la succession a été acceptée purement et simplement, le cautionnement est réputé n'être pas éteint par la confusion, si, à raison de quelque exception personnelle au débiteur, il était plus avantageux au créancier que l'obligation principale elle-même. Par exemple, si l'obligation principale a été contractée par un mineur ou par une femme mariée non autorisée de son mari, et que le cautionnement ait été donné par une personne capable de s'obliger, la circonstance que le débiteur principal est devenu l'héritier de la caution, ou la caution l'héritière du débiteur, ne détruit pas les droits du créancier résultant du cautionnement. Le créancier, en poursuivant *fidejussoriâ causâ* la femme ou le mineur, en leur qualité d'héritier de la caution, ou celle-ci, si c'est elle qui a succédé, obtiendra le paiement de sa créance; tandis que si le cautionnement était éteint, comme le créancier ne pourrait agir qu'en raison de l'obligation principale, on pourrait lui opposer la nullité de cette obligation, comme ayant été contractée par une femme mariée non autorisée, ou par un mineur, et cela, soit qu'il agît contre la caution, devenue héritière de la femme ou du mineur, soit qu'il agît contre la femme ou le mineur, devenu, l'un ou l'autre, héritier de la caution. Mais

il n'en doit pas être ainsi : la confusion ne doit pas absorber le cautionnement, lorsqu'il a pour le créancier des effets plus pleins que ceux qu'aurait pour lui l'obligation principale. C'est ce que nous avons déjà dit en traitant de la confusion, au tome XII, n° 475, où nous citons la loi 3, *pp.* ff. *de Separationibus*, comme fournissant un argument en faveur de cette décision. Nous aurions pu également invoquer la loi 21, § 2, *vers. Quod si*, ff. *de Fidejuss. et Mandat.* où le jurisconsulte Africain suppose qu'un affranchi a promis quelque chose durant son esclavage, sous le cautionnement d'un homme libre, dont, depuis son affranchissement, il est devenu l'héritier : le jurisconsulte décide que le cautionnement, qui avait pour objet de garantir l'exécution de l'obligation *naturelle* de l'esclave, ne s'est pas éteint par la confusion, c'est-à-dire par la circonstance que le débiteur est devenu l'héritier de son fidéjusseur. Et il décide la même chose dans le cas où, au contraire, c'est le fidéjusseur qui est devenu l'héritier de l'affranchi, débiteur.

Toutefois, il paraît que les jurisconsultes romains portaient une décision différente dans le cas où l'obligation principale était seulement susceptible d'être annulée pour cause de minorité, *auxilio prætoris* ; car Papinien, dans la loi 95, § 3, ff. *de Solutionibus*, décide, dans ce cas, que si le fidéjusseur du mineur lui succède, ou, en sens inverse, si le mineur succède à son fidéjus-

seur, la confusion a éteint le cautionnement; et en conséquence, que si le mineur est mort avant l'expiration du temps accordé pour obtenir la restitution en entier contre son obligation, le fidéjusseur, devenu son héritier, pourra obtenir le bénéfice de cette restitution, et, par là, s'affranchir de toute poursuite relative à cet engagement.

Mais cette distinction, entre le cas où l'obligation principale avait été contractée par un esclave qui depuis avait été affranchi, et le cas où elle avait été contractée par un mineur, ne reposait que sur une subtilité; car, qu'importe que pour la première, il n'y eût pas d'action, tandis qu'il y en avait une pour la seconde, si, au moyen du secours que le droit prétorien accordait au mineur, l'obligation de celui-ci demeurait sans effet? Dans les deux cas n'y avait-il pas obligation naturelle? et dans l'un comme dans l'autre, ne pouvait-on pas dire que l'obligation du fidéjusseur était en quelque sorte l'obligation principale elle-même, ainsi que Papinien la considère dans le cas du mineur? Aussi, nous ne doutons point que, dans notre Droit, on ne dût écarter cette subtile distinction, et en conséquence, qu'on ne dût décider, comme le faisaient les lois romaines dans le premier cas, que la confusion n'a point éteint l'obligation du fidéjusseur, lorsque cette obligation est plus avantageuse pour le créancier que l'obligation principale elle-même, ainsi que cela a lieu quand le débiteur principal est un mineur

ou une femme mariée non autorisée, et que la caution est une personne capable de s'obliger. Ce ne doit pas être au préjudice du créancier que le fidéjusseur aura succédé au débiteur principal; or, ce serait évidemment à son préjudice, si la décision de Papinien était suivie dans ce cas, puisque la caution ne pouvant plus être poursuivie comme caution, et ayant, en qualité d'héritier du mineur ou de la femme, l'exception de nullité que pouvaient opposer ceux-ci, elle se trouverait en définitive, et par un événement tout-à-fait étranger au créancier, dégagée envers celui-ci. Voyez, dans notre sens, ce que dit Voët, *ad Pandectas*, tit. *de Solutionib.*, n° 20, *in fine.*

376. Suivant la loi 38, § *ult.* ff. *de Solut.*, si le fidéjusseur qui a donné une hypothèque pour sûreté de son engagement est venu à mourir, en instituant le débiteur son héritier, celui-ci, à la vérité, ne peut pas être poursuivi *ex fidejussoriâ causâ*, comme héritier du fidéjusseur; mais l'hypothèque que ce dernier avait conférée au créancier ne subsiste pas moins. En effet, la chose hypothéquée a été affectée d'un droit réel, qui l'a suivie en toute main, par conséquent dans celle aussi du débiteur, qui l'a trouvée dans la succession du fidéjusseur. Ajoutez que ce dernier, en donnant une hypothèque pour sûreté de son engagement, la donnait par cela même aussi pour sûreté de l'obligation du débiteur principal.

Il en serait incontestablement de même dans notre Droit.

377. Mais cette loi ajoute que si le fidéjusseur a lui-même donné une caution pour sûreté de son engagement, ce que nous appelons, dans notre Droit, *un certificateur de caution*, et qu'il ait, comme dans le cas précédent, institué le débiteur principal son héritier, l'obligation du sous-fidéjusseur est éteinte par l'extinction de celle du fidéjusseur direct, opérée par la confusion. Mais le Code civil, au contraire, décide, dans l'article 2035, que la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur et de sa caution, lorsqu'ils deviennent héritiers l'un de l'autre, n'éteint point l'action du créancier contre celui qui s'est rendu caution de la caution. Et c'est avec raison, car en répondant pour la caution, le certificateur de caution a répondu par cela même pour le débiteur principal; or, l'obligation principale n'étant point éteinte par la confusion qui s'est opérée dans la personne du débiteur et de la caution, en devenant héritiers l'un de l'autre (art. 1301), on ne voit pas pourquoi celle du certificateur de caution le serait. S'il en était autrement en Droit romain, c'est que la fidéjussion avait lieu par la voie de la stipulation, et en cette matière tout était de droit étroit; le sous-fidéjusseur s'était obligé pour garantir l'obligation du fidéjusseur direct : donc, disait-on, lorsque

celui-ci n'est plus tenu, son propre fidéjusseur ne l'est plus lui-même.

378. Si c'est le créancier qui a succédé à la caution, il n'y a également plus de cautionnement, et par conséquent le débiteur est libéré à cet égard. Toutefois, si la caution avait déjà payé quelque chose au créancier, ce qui a éteint d'autant la dette, ce dernier, comme héritier de la caution, et comme ayant trouvé d'autant moins dans sa succession, aurait action à ce sujet contre le débiteur. Il l'aurait également pour les frais que la caution a été obligée de payer, ainsi que pour les dommages-intérêts auxquels elle eût pu prétendre.

Si c'est au contraire la caution qui a succédé au créancier, il y a encore extinction du cautionnement, parce qu'elle ne peut pas se poursuivre elle-même ; mais si elle a payé quelque chose pour le débiteur avant l'extinction du cautionnement, ou subi des frais, elle exerce son recours par l'action *mandati contrariâ*, ou par l'action *negotiorum gestorum*, selon que le cautionnement a été ou non donné de l'ordre du débiteur, actions qui peuvent, en certains cas, être plus avantageuses que celle résultant du contrat fait entre ce dernier et le créancier.

379. Indépendamment des exceptions qui lui seraient personnelles, comme celle résultant de

son incapacité lorsqu'elle s'est engagée, la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette.

Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur (article 2036).

Ainsi, la caution peut faire valoir toutes les causes qui rendraient nulle l'obligation principale, si elles ne sont point purement personnelles au débiteur. Il peut, en conséquence, opposer le défaut de cause de l'obligation, la cause illicite, l'erreur qui a tombé sur la substance même de l'engagement du débiteur, la violence exercée contre lui pour le lui faire souscrire, le dol qui a été pratiqué envers lui par l'autre partie pour le porter à s'engager, les nullités dont l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, se trouverait entaché, etc., etc.; car toutes ces circonstances donnent lieu, ou peuvent donner lieu, à l'annulation de l'obligation principale, et c'est ce qu'on appelle en Droit des *exceptions réelles*, des exceptions inhérentes à la dette.

Elle peut aussi opposer les faits et les circonstances qui, depuis la dette, valablement contractée, en ont amené l'extinction, en tout ou partie : comme la prescription, une déchéance prononcée par quelque loi spéciale, un jugement qui a donné au débiteur congé de la demande formée contre lui par le créancier, la

transaction intervenue entre eux, et, par analogie, le serment déféré au premier par le second, et dûment prêté; une remise faite au débiteur par le créancier (hors le cas de concordat), la compensation qui s'est opérée de plein droit entre eux, et dont l'un ou l'autre n'a pas voulu faire usage, etc., etc.

Mais elle ne peut pas faire valoir les exceptions que les lois accordent au débiteur principal à raison de sa personne : telle que celle de minorité (art. 2012), et, comme nous l'avons dit sur cet article, celle résultant de l'état de femme mariée non autorisée, et même celle résultant de l'interdiction.

380. La caution ne peut invoquer la remise qui a été faite au débiteur par un concordat proprement dit, dans le cas de faillite de ce dernier, encore que le créancier n'ait pas spécialement réservé ses droits contre elle : c'est là une exception purement personnelle au débiteur, parce que la remise n'a eu lieu qu'en considération de sa position personnelle, et pour tirer le meilleur parti de la créance.

381. Mais la remise faite au débiteur, hors le cas de concordat proprement dit, profite à la caution, encore qu'elle ait eu lieu dans un traité fait entre le débiteur et ses créanciers; car alors elle est réputée volontaire, attendu que, dans l'état actuel de la législation, il n'y a que les

commerçans faillis qui aient le droit de faire, avec leurs créanciers, un traité obligatoire pour ceux-là même qui n'y auraient pas consenti, si la majorité, réunissant les trois-quarts des créances dûment vérifiées, y a donné son consentement. Or, dans le cas de remise volontaire ou conventionnelle, cette remise profite à la caution (art. 1285).

Et quand bien même le débiteur, par une nouvelle convention, renoncerait au bénéfice d'une remise qui lui avait été faite par un premier arrangement fait avec le créancier, la caution n'en pourrait pas moins invoquer cette remise pour sa décharge; car il n'a pas dû dépendre du débiteur d'enlever à la caution, malgré elle, un moyen de libération qui lui était acquis par cela même qu'il était acquis à lui débiteur. C'est la disposition formelle de la loi 62, ff. *de Pactis*, ainsi conçue : *si reus, postquàm pactus sit* A SE NON PETI PECUNIAM (*ideòque cœpit id pactum fidejussori quoque prodesse*), pactus sit, UT A SE PETI LICEAT : *An utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quæsitum est? Sed veriùs est, semel adquisitam fidejussori pacti exceptionem, ulteriùs (ei) invito extorqueri non posse.*

Il paraît toutefois que Paul, dans la loi 27, § 2, au même titre, différait à cet égard du sentiment de Furius Anthianus, auteur de la loi 62; mais nous n'avons point à les concilier : il nous suffit de dire que ce dernier texte est dans les vrais principes.

382. La caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer en faveur de la caution (article 2037 (1).

---

(1) Il a été jugé, par arrêt de cassation du 10 août 1814 (Sirey, 1815-1-242), que cette disposition ne peut être invoquée par celui qui ne s'est point obligé personnellement comme caution, et qui a simplement hypothéqué ses biens pour sûreté de l'engagement du débiteur ; qu'il ne peut demander la décharge de cette même hypothèque, sur le fondement que le créancier ne peut plus, par son fait, lui consentir, envers le débiteur, une subrogation aussi avantageuse qu'il eût pu le faire.

L'article 2037 est-il applicable au cas où la caution est obligée solidairement avec le débiteur? Jugé pour la négative par la Cour de Rouen, le 7 mars 1818 (Sirey, 1819-2-72); jugé pour l'affirmative, et selon nous avec raison, par la Cour de Bordeaux, le 19 août 1832 (Sirey, 1823-2-134); par la Cour de Pau, le 3 janvier 1824 (Sirey, 1826-2-57); et spécialement en matière de lettres-de-change, par la Cour de Caen, le 18 mars 1828 (Sirey, 1828-2-121).

Cet article est au surplus incontestablement applicable au cas d'une dette contractée solidairement par plusieurs débiteurs principaux, en ce sens que celui à qui la dette est demandée pour le total, peut se faire, quant aux parts de ses codébiteurs dans la dette, une fin de non-recevoir tirée de ce que le créancier, par son fait, a laissé périr les hypothèques ou priviléges qui auraient assuré le recours de ce débiteur contre les autres; mais quant à sa propre part dans la dette, il est clair qu'il ne peut pas, pour se dispenser de la payer, se prévaloir de la perte des hypothèques qui existaient sur les biens des codébiteurs. Voyez l'arrêt de cassation du 13 janvier 1816, qui décide l'un et l'autre point en ce sens (Sirey, 1816-1-327). En effet, la solidarité n'a peut-être été convenue par ce débiteur qu'en considération des sûretés données au créancier, et qui devaient procurer au débiteur un recours efficace contre ses codébiteurs, qui les avaient fournies. D'un autre côté, on ne peut le regarder comme garant ou caution qu'en ce qui concerne les parts de ceux-ci dans la dette, et non en ce qui concerne la sienne.

Les rédacteurs du Code ont raisonné dans la supposition que la caution a donné son engagement en considération des priviléges et hypothèques qu'avait le créancier, et qui devaient lui assurer son recours.

Dans le Droit romain, on distinguait entre le cas où le cautionnement était le résultat d'un mandat donné par la caution au créancier, et le cas contraire. Dans le premier, par exemple, lorsque Titius avait donné mandat à Séius de prêter de l'argent à Sempronius, Titius était, comme il le serait dans notre Droit, une véritable caution, il était *mandator pecuniæ credendæ;* et comme, dans le mandat, le mandataire, qui est ici le créancier, doit, pour avoir l'action de mandat contre le mandant, avoir bien exécuté le mandat, on en tirait la conséquence que, si par son fait ou sa négligence, il avait laissé périr ses hypothèques, il pouvait être repoussé dans son action contre le mandant ou caution. Telle est la décision de Papinien, dans la loi 95, § 11, ff. *de Solut.*

Mais dans le second cas, par exemple lorsque Titius était venu répondre pour Sempronius, au sujet d'un prêt que lui avait fait Séius, celui-ci, pour être recevable dans son action contre Titius, fidéjusseur, était bien tenu, par motif d'équité, de lui céder ses actions contre Sempronius (1);

---

(1) L. 17, ff. *de Fidejuss. et Mand.*

mais il n'était obligé de les lui céder que telles qu'il les avait alors, et par conséquent s'il n'avait plus d'hypothèque, quelle qu'en fût la cause, le fidéjusseur ne pouvait se faire de cette circonstance une fin de non-recevoir pour repousser la demande formée contre lui.

On suivait, en général, cette doctrine dans notre ancienne jurisprudence ; Pothier, notamment, *Traité des Obligations*, n° 557, l'avait adoptée, toutefois, en la modifiant, en ce qu'il rendait le créancier responsable vis-à-vis de la caution, de la perte de ses priviléges et hypothèques, lorsque c'était par un fait positif de sa part qu'il les avait perdues; mais il ne l'en rendait point responsable quand c'était simplement par négligence, par exemple pour n'être pas intervenu sur un décret hypothécaire. En un mot, il le rendait responsable de la faute *in committendo, sed non in omittendo.*

En traitant de la subrogation, tome XII, n° 171, nous avons démontré que les rédacteurs du Code, dans l'article 2037, avaient encore été plus loin que Pothier en faveur de la caution, et que s'ils ont parlé du *fait* du créancier dans cet article, ils n'ont point employé ce mot uniquement dans le sens d'un fait positif, comme l'entendait Pothier pour que le créancier fût responsable envers la caution (1). En effet, si le créancier, qui a reçu

(1) C'est ainsi qu'a jugé la Cour de Toulouse, par son arrêt du 27

une hypothèque du débiteur par l'acte même par lequel la caution s'est obligée, néglige de prendre inscription, n'est-ce pas la même chose pour la caution que si, après l'avoir prise, il en avait donné main levée au débiteur? La caution, qui comptait sur la subrogation à l'hypothèque, pour exercer son recours, si elle était forcée de payer la dette, n'a-t-elle pas aussi bien le droit de se plaindre dans le premier cas que dans le second? absolument. Tout ce qu'on peut dire, selon nous, de plus juste sur ce point, et en même temps de plus conforme aux principes du Code touchant la responsabilité des fautes en général, et en particulier sur celles du créancier à l'égard de la caution, c'est que le créancier doit répondre, sinon de la faute très-légère, qu'un père de famille même très-diligent aurait pu commettre en pareil cas, du moins de la faute dont on doit répondre dans les contrats où l'obligation de l'une des parties peut être considérée comme ayant été contractée sous la condition que l'autre donnerait ou ferait telle chose, et, dans ce cas, chacune des parties répond envers l'autre de la faute moyenne. Ce

---

août 1829 (Sirey, 1830-2-89). Elle a décidé que, pour que l'article 2037 soit applicable au créancier, il suffit que celui-ci ait laissé perdre, par négligence ou omission, ses priviléges et hypothèques.

Et par arrêt de cassation du 25 juillet 1827 (Sirey, 1828-1-17), il a été spécialement jugé que le créancier est responsable envers la caution, lorsqn'il a été déclaré par jugement qu'il a perdu son privilége par omission de formalités conservatoires.

n'est pas toutefois que nous entendions dire par là que le cautionnement doit être considéré entre le créancier et la caution, comme un contrat intéressé de part et d'autre, comme un véritable contrat synallagmatique, car il n'est réellement point tel de sa nature ; mais nous le regardons, dans les principes du Code, comme étant donné sous la condition que le créancier conservera les sûretés sur lesquelles la caution a pû compter en s'obligeant : comme le débiteur d'un corps certain, par exemple un vendeur, doit conserver la chose vendue, et en conséquence répondre des fautes moyennes qu'il commettrait dans la garde et surveillance de cette chose. Mais, de même qu'un vendeur ne répondrait pas d'une faute extrêmement légère, de celle qu'un père de famille bien réglé aurait pu commettre en cas semblable ; de même le créancier ne doit pas répondre, envers la caution, d'une faute de cette nature, qui aurait causé la perte ou la diminution de ses priviléges ou hypothèques. Les circonstances du fait pourraient sans doute restreindre ou étendre ses obligations à cet égard, mais, en principe, la base que nous leur assignons nous paraît la plus raisonnable, et entrer parfaitement dans l'esprit de l'article 2037.

D'après cela, si nous ne regarderions pas comme tout à fait mal fondée la caution à se plaindre de la perte, par la faute du créancier, d'une hypothèque qu'il aurait acquise seulement depuis le

cautionnement, attendu que le bénéfice de cette hypothèque devait profiter aussi à la caution (1), du moins il nous semble que pour que celle-ci pût être écoutée à se plaindre de cette perte, il faudrait que la faute reprochée au créancier fût plus grave qu'il ne serait nécessaire qu'elle le fût si l'hypothèque avait été consentie par l'acte même de cautionnement; car la caution ne pourrait pas dire, dans ce cas, quelle avait compté, en s'engageant, sur cette hypothèque, ainsi qu'elle pourrait le dire dans la dernière hypothèse.

A plus forte raison ne serait-elle point écoutée à se plaindre, quelle que fût d'ailleurs l'époque à laquelle l'hypothèque aurait été constituée, si le créancier ne devait point venir en ordre utile; et s'il ne devait y venir que pour partie seulement de sa créance, ce ne serait, dans le cas même où il devrait répondre de sa faute, parce qu'elle ne serait pas du nombre de celles qu'on pourrait appeler très-légères, que pour cette partie qu'il serait non recevable à poursuivre la caution : pour le surplus, son action contre elle serait bien fondée (2).

Puisque le créancier ne doit pas diminuer par

---

(1) La Cour de Caen a en effet jugé, par arrêt du 18 mars 1828 (Sirey, 1828-2-121), que l'article 2037 s'applique même au cas où les droits et hypothèques n'ont été acquis au créancier que depuis le cautionnement.

(2) La Cour de cassation a jugé que la caution pouvait invoquer l'article 2037, dans le cas où le créancier, pouvant agir contre plusieurs détenteurs d'objets hypothéqués à sa créance, avait renoncé

son fait les droits des cautions, il suit de là que s'il a fait remise à l'un des cofidéjusseurs, cette remise, il est vrai, ne profite pas aux autres, d'après l'article 1287, mais, d'un autre côté, elle ne doit pas leur nuire : en conséquence, si, parmi ces derniers, il s'en trouve d'insolvables, la perte résultant de ces insolvabilités doit être répartie par contribution entre ceux qui sont solvables et le créancier, lequel prend à cet égard la place de la caution qu'il a déchargée (arg. de l'art. 1215).

383. L'acceptation volontaire que le créancier a faite d'un immeuble ou d'un effet quelconque en paiement de la dette principale, décharge la caution, encore que le créancier vienne ensuite à en être évincé (art. 2038).

La caution, en effet, a dû se croire libérée, et sans cette *dation en paiement*, elle eût probablement contraint le débiteur à lui rapporter sa décharge à l'échéance de la dette, ou obtenu contre lui une condamnation en indemnité, ainsi que nous l'avons expliqué plus haut.

Quant au point de savoir quelle sera l'action du créancier évincé contre le débiteur, si ce sera simplement l'action qu'il avait à raison de l'ancien contrat, comme si le paiement n'avait pas eu lieu

---

à ses droits contre un ou plusieurs d'entre eux. Arrêt du 23 janvier 1815 (Sirey, 1815-1-258).

Mais elle a ensuite jugé la négative, par arrêt du 13 janvier 1816 : Bullet., n° 14.

(art. 1238), ou si ce sera l'action en garantie, comme en matière de vente, nous croyons que c'est la dernière; mais *voyez*, pour la démonstration de la justesse de cette opinion, et la solution des objections qu'on peut y faire, ce que nous avons dit à ce sujet, en parlant de la *dation en paiement*, tome XII, n° 81 et suivant.

La caution est bien libérée nonobstant l'éviction que le créancier souffre ensuite de la chose qui lui a été donnée en paiement, mais c'est dans la supposition qu'il l'a reçue purement et simplement; car, si, en la recevant, il a stipulé que la caution accéderait à l'obligation de garantie du débiteur, il est clair que cette dation en paiement ne la libérera de son engagement primitif qu'autant qu'elle se soumettra à la réserve stipulée par le créancier. L'article 1281 porte que, par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés; que la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions; mais que néanmoins si le créancier a exigé, dans le premier cas, l'accession des codébiteurs au nouvel engagement, ou, dans le second, celle des cautions, l'ancienne créance subsiste, si les codébiteurs ou les cautions refusent d'accéder à ce nouvel engagement. Or, on ne peut disconvenir, dans l'espèce, qu'il ne s'est opéré une sorte de novation entre le débiteur et le créancier; nous l'avons clairement démontré à l'endroit ci-dessus cité. La décharge de la cau-

tion n'étant d'ailleurs ici que conditionnelle, pour qu'elle produise ses effets la condition doit être remplie tout comme dans les cas de novation proprement dite, dans ceux prévus à l'article 1281.

Nous pensons même, quoique cela soit un peu plus douteux, que, quand bien même le créancier, au lieu d'exiger l'accession de la caution au nouvel engagement du débiteur qui lui donne un immeuble ou autre chose en paiement de la dette principale, se serait borné à réserver tous ses droits résulant de sa créance aussi bien contre la caution que contre le débiteur, en cas d'éviction ; nous pensons, disons-nous, que cette réserve, quoique faite en l'absence de la caution, doit produire ses effets, le cas échéant; sauf à la caution, si cela ne lui convient pas, à demander sa décharge au débiteur, à l'échéance de la dette, conformément à l'article 2032; car on ne devrait pas scinder, contre le créancier, les clauses de l'acte de dation en paiement. Mais s'il s'est borné à réserver les droits résultant de sa créance primitive contre le débiteur seulement, et encore mieux, s'il a accepté purement et simplement la chose qui lui a été donnée en paiement à la place de celle qui lui était due, la caution est libérée, nonobstant l'éviction postérieure, d'après notre article 2038, contraire en cela au sentiment de Renusson (1) et de plusieurs autres auteurs.

---

(1) Traité *de la Subrogation*, chap. v, n° 40.

384. La simple prorogation de terme accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement (art. 2039), toutefois lorsque la dette est échue, par l'expiration du terme primitif (art. 2032).

Cette prorogation de terme profite, comme de raison, à la caution, puisqu'autrement le débiteur n'en jouirait pas, par l'effet du recours de la caution qui aurait payé la dette. D'ailleurs la caution jouit de tous les termes accordés au débiteur, sauf le cas où ils seraient le résultat d'un concordat proprement dit passé avec le débiteur tombé en faillite.

CHAPITRE IV.

De la caution légale et de la caution judiciaire.

SOMMAIRE.

385. *Qualités que doit réunir la caution due en vertu de la loi ou d'un jugement.*

386. *La caution judiciaire doit, de plus, être susceptible de la contrainte par corps : en quel sens cela doit être entendu.*

387. *Celui qui doit caution est reçu à donner un gage à la place.*

388. *La caution judiciaire ne peut invoquer le bénéfice de discusssion.*

389. *Le certificateur de la caution judiciaire ne peut non plus l'invoquer, ni à l'égard du débiteur ni à l'égard de la caution qu'elle a cautionnée.*

390. *Formalités à observer pour le fournissement de la caution judiciaire.*

385. Toutes les fois qu'une personne est obligée par la loi ou par une condamnation à fournir une caution, la caution offerte doit remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 (art. 2040), c'est-à-dire qu'elle doit être capable de s'obliger, avoir un bien suffisant pour répondre de l'objet de l'obligation, et avoir son domicile dans le ressort de la Cour royale où elle doit être donnée : et sa solvabilité ne s'estime que eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique. L'on n'a point égard aux immeubles litigieux, ou dont la discussion deviendrait trop difficile par l'éloignement.

386. De plus, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement judiciaire, la caution doit être susceptible de la contrainte par corps (*ibid*).

Cependant cela n'est vrai que dans les cas où la somme s'éleverait au moins à trois cents francs (art. 2065).

« Il faut des liens plus forts, disait l'orateur « du Conseil d'Etat, pour assurer l'exécution des « obligations qui se contractent par l'organe de « la justice. »

Toutefois, il n'est pas dit dans le Code que la caution, dans ce cas, sera contraignable par corps par le fait seul du cautionnement; il est seulement dit qu'elle doit être susceptible de la contrainte, ce qui est bien différent; car il est possible que le créancier n'exige pas qu'elle s'y soumette : seulement, s'il l'exige et s'il peut l'exiger, la caution doit être susceptible de la contrainte, et doit s'y soumettre. Beaucoup de personnes, en effet, en se rendant caution judiciaire, auraient pu ignorer qu'elles s'engageaient par corps, et il n'eût pas été raisonnable qu'elles fussent ainsi devenues victimes de leur ignorance, surtout en pareille matière : il faut donc qu'elles soient averties.

Nous disons, *et s'il peut l'exiger ;* car si la dette était au-dessous de trois cents francs, il ne pourrait exiger de la caution la soumission à la contrainte, et la caution ne pourrait elle-même s'y soumettre : l'eût-elle même fait, il n'y aurait pas lieu à l'exercer (art. 2065).

Cette manière d'interprèter la dernière disposition de notre article 2040, sur le sens de laquelle on n'est pas d'accord, nous paraît être la véritable, et elle est confirmée par le n° 5 de l'article 2060.

En effet, ce texte est ainsi conçu : « (la con-« trainte par corps a lieu) contre les cautions « judiciaires et contre les cautions des contrai-« gnables par corps, lorsqu'elles se sont soumises

« à cette contrainte. » Ainsi, cette condition, *lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte*, s'applique grammaticalement à tout ce qui précède dans la phrase, par conséquent aux cautions judiciaires comme aux cautions des contraignables par corps. Ceux qui ont suivi une autre interprétation ont été obligés de dire que la virgule mise dans le texte après les mots *contraignables par corps*, n'occupe pas sa véritable place, qu'elle doit être placée après les mots *cautions judiciaires*, ce qui signifierait alors que les cautions judiciaires seraient contraignables par corps par le fait seul de leur cautionnement, mais que les cautions des contraignables par corps le seraient seulement quand elles se seraient soumises à cette contrainte. Mais ce n'est pas dans une matière si peu digne de faveur qu'on doit se permettre de changer le texte de la loi pour en aggraver les dispositions.

On oppose l'article 519 du Code de procédure, qui porte : « La partie pourra prendre au greffe « communication des titres ; si elle accepte la « caution, elle le déclarera par un simple acte : « dans ce cas, ou si la partie ne conteste pas « dans le délai, la caution fera au greffe sa sou- « mission, qui sera exécutoire sans jugement, « *même pour la contrainte par corps, s'il y a lieu à* « *contrainte.* » Mais on répond que ces mots, *même pour la contrainte par corps*, ne sont point exclusifs de la supposition que la caution s'est soumise à la contrainte, d'autant mieux que

le créancier est généralement en droit d'exiger cette soumission, d'après l'article 2040 du Code civil; or, dans ce cas là en effet il n'y a pas de difficulté. Mais nous raisonnons dans l'hypothèse où la caution ne s'est point formellement soumise à la contrainte par corps, et où le créancier, qui aurait pu exiger cette soumission, ne l'a pas exigée, et a néanmoins accepté la caution; et bien dans ce cas, l'article 519 du Code de procédure ne décide point du tout que la caution est contraignable par corps; il fournirait même un argument contraire, par ces mots qui le terminent : *s'il y a lieu à contrainte;* car rien n'indique qu'ils ont été mis là seulement dans la prévoyance du cas où il n'y aurait pas lieu à la contrainte parce que la somme n'excéderait pas trois cents francs; on a pu tout aussi naturellement avoir en vue le cas où le créancier n'exigerait pas que la caution se soumît à la contrainte, puisque l'article 2060, n° 5 du Code civil, dans sa rédaction officielle, avertissait qu'il serait besoin d'une soumission de la part de la caution à cette contrainte, pour qu'elle dût être exercée contre elle. N'a-t-on pas d'ailleurs assez fait pour le créancier, en lui accordant le droit de pouvoir exiger que la caution qui lui est présentée soit susceptible de la contrainte par corps, et qu'elle s'y soumette? (1)

(1) M. Delvincourt était de notre avis; il se fondait même sur cet article 519, Code de procédure.

387. Celui qui est obligé par la loi ou par jugement à fournir caution, et qui n'en peut trouver une, est reçu à donner à sa place un gage en nantissement (art. 2041).

388. La caution judiciaire ne peut point demander la discussion du débiteur principal (art. 2042).

Mais ce bénéfice n'est point refusé à la caution qui a été fournie en vertu de la loi, par exemple à la caution donnée par un usufruitier.

389. Celui qui a simplement cautionné la caution judiciaire, ne peut demander la discussion du débiteur principal, ni celle de la caution (art. 2043).

390. Quant à la manière dont se fournit la caution judiciaire, elle est réglée par les articles 519 et suivans du Code de procédure.

Le jugement qui ordonne de fournir caution doit fixer le délai dans lequel elle sera présentée, et celui dans lequel elle sera acceptée ou contestée (art. 517).

La caution doit être présentée par exploit, signifié à la partie, si elle n'a point d'avoué, et par acte d'avoué, si elle en a constitué, avec copie de l'acte de dépôt qui sera fait au greffe des titres qui constatent la solvabilité de la caution, sauf les cas où la loi n'exige pas que la solvabilité soit établie par titres (art. 518).

On vient de voir ce que règle l'article 519 relativement à la prise en communication des titres.

Si la partie conteste la caution dans le délai fixé par le jugement, l'audience est poursuivie sur un simple acte (art. 520).

Les réceptions de cautions sont jugées sommairement, sans requêtes ni écritures; le jugement est exécuté nonobstant appel (art. 521).

Enfin, si la caution est admise, elle fait sa soumission, conformément à l'art. 519 (art. 522).

TITRE XV.

Des Transactions.

CHAPITRE PREMIER

De la nature et des caractères des transactions.

SOMMAIRE.

391. *Définition de la transaction d'après le Code, et observations sur cette définition.*

392. *S'il est nécessaire qu'il y ait sacrifice de part et d'autre pour qu'il y ait véritablement transaction; réfutation de la décision de Domat, qui confond les desistemens et les acquiescemens avec les transactions.*

393. *Rapprochemens des actes confirmatifs avec les transactions.*

394. *Une transaction peut, comme toute autre convention, être faite sous condition.*

391. La transaction, suivant le Code, est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître (art. 2044); ce qui suppose, ainsi que nous l'expliquerons bientôt avec plus d'étendue, qu'elle intervient sur une affaire douteuse entre les parties, *in re dubiâ* (1).

Cette définition n'est toutefois pas complète, selon-nous, car il y a d'autres manières de prévenir une contestation ou d'en terminer une existante, et qui ne sont cependant pas des transactions proprement dites. En effet, le désistement qu'un demandeur donne de sa prétention, de son action, avec offre de payer tous les frais faits jusqu'alors, termine évidemment aussi le procès, et néanmoins ce n'est pas une véritable transaction ; aussi n'est-il point assujetti à l'acceptation du défendeur (2); tellement que les frais

(1) Domat, *des Lois civiles*, livre 1, tit. XIII, sect. 1re, la définit ainsi : « La transaction est une convention entre deux ou plusieurs « personnes, qui, pour prévenir ou terminer un procès, règlent leur « différend de gré à gré, de la manière dont ils conviennent, et que « chacun d'eux préfère à l'espérance de gagner, jointe au péril de « perdre. » L. 1, ff. *de Transact.* ; L. 2, et L. *ult.* Cod. *eod tit.*

(2) A la différence du simple désistement de la procédure, qui a besoin d'être accepté par le défendeur, attendu que n'empêchant point de renouveler la demande, ce dernier peut avoir intérêt à ce que

faits par celui-ci depuis la notification du désistement, resteraient à sa charge personnelle. L'acquiescement pur et simple que le défendeur donne à la demande formée contre lui termine pareillement le procès, et ce n'est cependant pas non plus une transaction proprement dite. Un tuteur peut bien, avec l'autorisation du conseil de famille, acquiescer à une demande formée contre le mineur (art. 464), tandis qu'il ne peut transiger valablement au nom de ce dernier qu'après y avoir aussi été autorisé par le conseil de famille, et, de plus, de l'avis de trois jurisconsultes, désignés par le procureur du roi, et la transaction n'est valable qu'autant qu'elle a été homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi (art. 467). Les actes confirmatifs ou de ratification d'obligations contre lesquels la loi donnait à l'obligé l'action en nullité ou en rescision ont aussi pour effet de prevenir un procès, par la renonciation à l'action en nullité, et ni le Code ni la doctrine ne les confondent avec les transactions. Aussi faut-il, pour compléter la définition de cette dernière espèce d'acte, dire, avec les lois romaines, et leurs interprètes, que la transaction est une convention par laquelle les parties terminent une contestation déjà née, ou préviennent une

---

la contestation soit jugée dès à présent. *Vide* les art. 402 et suivans du Code de procédure.

contestation à naître, par l'abandon fait par chacun des contractans d'une partie de ses prétentions, ou par la promesse que l'un d'eux fait à l'autre de quelque chose pour avoir le droit entier et désormais incontesté : *transactio, nullo dato, vel retento seu promisso, minimè procedit.* L. 38, Cod. *de Transact.* Au lieu que le désistement, l'acquiescement et l'acte de confirmation d'une obligation rescindable, ne supposent nullement ce sacrifice réciproque.

392. Il est vrai que, suivant Domat, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait véritablement transaction, que chacune des parties fasse l'abandon de quelque chose de ses prétentions, ou que l'une d'elles donne ou promette quelque chose à l'autre ; il dit : « Les transactions pré-« viennent ou terminent les procès en plusieurs « manières, selon la nature des différends, et les « diverses conventions qui y mettent fin. Ainsi « celui qui avait quelque prétention, ou s'en *dé-« siste* par une transaction, ou en obtient une « partie, ou même *le tout.* Ainsi celui à qui on « demande une somme d'argent, ou paie, ou « s'oblige, ou est déchargé en *tout* ou partie. « Ainsi celui qui contestait une garantie, une « servitude ou quelqu'autre droit, ou s'y assu-« jettit, ou s'en affranchit. Ainsi celui qui se « plaignait d'un condamnation, ou la fait réfor-« mer, ou y *acquiesce.* Et on transige enfin aux con-

« ditions dont on veut convenir, selon les règles
« générales des conventions.

« Ce qui est dit dans la loi 38, Cod. *de Tran-*
« *sact.*, qu'il n'y a point de transaction, si l'on
« ne donne et ne promet rien, ou si l'on ne re-
« tient quelque chose, ne doit pas être pris à la
« lettre; car on peut transiger sans rien donner,
« et sans rien promettre, ni rien retenir. Ainsi
« celui qu'on prétendrait être caution d'un autre,
« pourrait être déchargé de cette demande par
« une transaction, sans que de part ni d'autre,
« il fut rien donné, rien promis, ni rien retenu. »

Mais nous ne saurions voir là une véritable transaction; ce serait un désistement, et voilà tout, lequel n'aurait pas besoin du consentement de cette personne, poursuivie comme caution; il suffirait de lui faire offre de renoncer à toute prétention contre elle à cet égard, et de payer tous les frais faits jusqu'alors, les siens comme ceux faits par le demandeur.

C'est probablement par suite de la même erreur qui avait entrainé Domat, que M. Bigot-Préameneu disait devant le corps législatif: « De
« tous les moyens de mettre fin aux différends
« que font naître entre les hommes leurs rap-
« ports variés et multipliés à l'infini, le plus
« heureux dans tous ses effets, est la transaction,
« ce contrat par lequel sont terminées les con-
« testations existantes, ou par lequel on prévient
« les contestations à naître. Chaque partie se

« dégage alors de toute prévention. Elle balance « de bonne foi, et avec le désir de la conciliation, « l'avantage qui résulterait d'un jugement favo- « rable, et la perte qu'entraînerait une condam- « nation ; elle sacrifie une partie de l'avantage « qu'elle pourrait espérer, pour ne pas éprouver « toute la perte qui est à craindre ; *et lors même « que l'une d'elles* SE DÉSISTE ENTIÈREMENT *de sa « prétention, elle se détermine par le grand intérêt « de rétablir l'union, et de se garantir des lon- « gueurs, des frais et des inquiétudes d'un procès.* « Un droit douteux et la certitude que les par- « ties ont entendu balancer et régler leurs inté- « rêts, tels sont les caractères qui distinguent et « qui constituent la nature de ce contrat. Il n'y « aurait pas de transaction si elle n'avait pas pour « objet un droit douteux. On a souvent, en don- « nant à des actes d'une autre nature, ou même « à des actes défendus, le nom de transaction, « cherché à leur attribuer la force et l'irrévocabi- « lité ; mais il sera toujours facile aux juges de « vérifier si l'objet de l'acte était susceptible de « doute. Il n'y avait point, pour une pareille véri- « fication, de règle générale à établir. »

Non, lorsque l'une des parties se *désiste* entièrement de ses prétentions, ainsi qu'on le suppose ici, ce n'est point une transaction, c'est un *desistement* ou un acquiescement, selon qu'il est fait par le demandeur ou par le défendeur, et voilà tout.

Au surplus, la question présentera rarement un grave intérêt, attendu que, généralement, il faudra, dans la personne qui fera l'acte que nous appelons désistement ou acquiescement, la même capacité, les mêmes pouvoirs, que pour faire une transaction proprement dite : il n'en sera autrement que dans des cas peu fréquens; mais ces cas peuvent se présenter, et alors il ne faudrait pas absolument juger ce qui ne serait qu'un désistement ou un acquiescement, par les règles sur les transactions, qui sont généralement des contrats synallagmatiques, tandis que les autres sont généralement, au contraire, des actes unilatéraux.

393. Ce n'est pas tout : le Code distingue les actes confirmatifs des transactions; aussi traite-t-il des uns et des autres dans des titres différens; et cependant on confirme souvent par une transaction un acte sujet à rescision, comme souvent aussi un acte de confirmation est fait en vue de prévenir un procès, par la renonciation au moyen de nullité que présentait l'acte confirmé, et, dans la plupart des cas, la partie ne confirme que moyennant quelque chose que lui abandonne le créancier, soit par la réduction de l'obligation primitive, soit par le paiement ou la promesse de quelque chose ou de quelque somme, ou par la renonciation à quelqu'autre droit; ce qui est bien aussi un caractère commun avec celui de la

transaction (1). Or, d'après l'art. 1338, pour être valable, l'acte confirmatif doit contenir la substance de l'obligation confirmée, la mention du vice sur lequel était fondée l'action en rescision ou en nullité, et l'intention de réparer ce vice; en sorte que quand bien même ce serait par erreur de droit que la partie obligée aurait souscrit l'acte confirmatif qui ne contiendrait pas toutes ces conditions, l'acte serait indubitablement sans effet; car l'article ne fait aucune distinction. Au lieu que l'article 2054 exige seulement, lorsque la transaction est faite en exécution d'un titre nul, que les parties aient expressément transigé sur la nullité; et bien plus, ainsi que nous le démontrerons plus bas, quand bien même les parties n'auraient pas transigé expressément sur la nullité du titre, si celle qui pouvait l'invoquer n'a pu l'ignorer que par erreur de droit, la transaction est valable, d'après l'article 2052. On sent, d'après cela, l'importance qu'il y a à bien distinguer des actes qui se touchent de si près. Si les parties ont positivement déclaré faire un acte confirmatif, cet acte sera assujetti aux dispositions de l'article 1338, quand bien même le créancier, pour l'obtenir, aurait fait l'abandon d'une partie du droit que lui promettait cet acte, ou aurait

(1) C'est ce que nous avons déjà eu occasion de faire observer en traitant des actes confirmatifs, au tome XIII, n° 270.

promis quelque chose en son particulier. Dans le cas, au contraire, où elles auront déclaré faire une transaction, il faudra bien s'attacher aux règles prescrites pour ces sortes d'actes. Enfin si les termes étaient obscurs, et que le débiteur prétendît que c'est un acte confirmatif qu'il a entendu faire, et dont il demanderait la nullité, pour cet acte n'avoir pas été fait suivant le vœu de l'art. 1338, nous pensons qu'on devrait en effet incliner à y voir plutôt un acte confirmatif qu'une transaction, parce que les formalités prescrites pour la première espèce de ces actes protégent davantage les débiteurs, qui sont toujours plus favorables.

394. Une transaction, comme tout autre contrat, peut être faite sous condition, soit suspensive, soit résolutoire; et alors elle est régie, sous ce rapport, par les principes que nous avons exposés en parlant des conditions, au titre des *Contrats et des obligations conventionnelles en général*, tome x.

CHAPITRE II.

De l'objet et de la forme des transactions.

SOMMAIRE.

395. *La transaction, pour avoir les caractères de cette sorte d'acte, doit intervenir sur une chose douteuse, au moins dans l'opinion des parties ou de l'une d'elles : conséquence.*

395. Pour qu'il y ait réellement transaction, il faut, comme il a été dit plus haut, qu'elle intervienne sur un droit douteux, *in re dubiâ*, au moins dans l'opinion des parties, ou de l'une d'elles, comme nous le dirons tout-à-l'heure; car le but de la transaction, d'après la définition qu'en donne le Code, c'est de terminer une con-

testation déjà née, ou de prévenir une contestation à naître, ce qui suppose un objet sujet à contestation, un droit plus ou moins douteux. De là, si la transaction portait sur un point déjà décidé par un jugement passé en force jugée, elle serait nulle, puisqu'il n'y avait plus matière à procès. Mais c'est ce qui sera expliqué plus bas avec plus d'étendue.

De là encore, si, voulant vous faire donation de ma maison, à l'égard de laquelle vous n'avez absolument aucune prétention à élever, je vous en fais l'abandon à titre de transaction, il est clair que ce n'est une transaction que *nomine tenùs ;* en réalité, c'est une donation.

396. Mais, ainsi que l'a dit l'orateur du Gouvernement, en présentant le projet de loi au Corps législatif, comme il n'était pas possible d'établir des règles précises sur le point de savoir si l'objet sur lequel les parties ont traité était ou non la matière d'un litige sérieux, tout, à cet égard, est subordonné aux circonstances de faits propres à chaque affaire; la loi n'a pu que s'en rapporter à la conscience et à la sagesse des juges pour décider si, dans tel cas, il y avait matière à contestation relativement à l'objet ou au droit sur lequel on a transigé. Quelle que soit donc leur décision sur ce point, dès qu'ils ont apprécié des faits, interprété des actes, leur jugement peut bien être réformé en appel, comme un *mal*

jugé, mais généralement il est à l'abri de la censure de la Cour de cassation, ainsi que l'a jugé cette Cour par son arrêt du 7 février 1809 (1).

397. Au surplus, comme, d'après la jurisprudence constante de la même Cour, les actes ont généralement les effets que les parties ont voulu leur donner, lorsqu'ils ne sont d'ailleurs point faits en contravention aux dispositions de la loi, il faut tirer de là la conséquence que la donation cachée sous le nom de transaction ne serait pas nulle pour inobservation des formalités prescrites pour les actes portant donation, pourvu que celui qui aurait été ainsi gratifié fût capable de recevoir du donateur; et s'il y avait excès du disponible, il y aurait seulement matière à une action en réduction. Il y aurait lieu aussi au rapport à succession, si la partie avantagée devenait héritière, même bénéficiaire, de celui qui aurait procuré l'avantage, conformément à l'article 843. Il est aussi bien de la substance d'un contrat de vente qu'il y ait un prix, qu'il est de l'essence d'une transaction d'intervenir sur un droit douteux, et néanmoins la Cour suprême, ainsi que nous l'avons dit si souvent, aux titres *des Donations*, *des Contrats et des obligations conventionnelles*, et à celui *de la Vente*, maintient comme donation, et dans la mesure du disponible, l'acte

(1) Sirey, 1809-1-210.

qualifié vente, quoiqu'il n'y ait eu en réalité aucun prix, pourvu que le prétendu acheteur fût capable de recevoir du prétendu vendeur. L'objection tirée de ce que l'acte est nul comme donation pour défaut de formes, et nul comme vente pour défaut de prix, n'a fait aucune impression sur l'esprit de cette Cour; or, il en doit être ainsi du cas où l'acte, au lieu d'avoir été qualifié de vente, a été qualifié de transaction, puisque la raison est absolument la même.

398. Ainsi que nous venons de le dire, il n'est pas de rigueur, pour la validité de la transaction, que le droit fût réellement incertain par lui-même; il suffit que la partie qui se plaint maintenant de la transaction ait pu, par quelque raison, le croire plus ou moins douteux; qu'il pût y avoir un procès sur ce droit; car celui qui traite pour acquérir sa tranquillité, et éviter ainsi les frais et les embarras d'une contestation judiciaire, ne traite pas sans cause : le sacrifice qu'il a fait pour cela n'est pas sans motif.

399. Il faut aussi, pour qu'il y ait transaction valable, que l'objet sur lequel on transige soit dans le commerce.

Ainsi, comme un homme ne peut disposer de son état, l'aliéner, il ne peut, par cela même, en disposer par voie de transaction. En vain celui qui avait une réclamation d'état à élever comme

fils d'un tel, y aurait-il renoncé par une transaction, intervenue même sur une demande déjà par lui formée à ce sujet, il n'en pourrait pas moins intenter ou poursuivre son action : la transaction ne pourrait lui être opposée : elle serait nulle.

Conformément à ces principes, la Cour de Rennes, par son arrêt du .... février 1824 (1), a décidé qu'on ne pouvait opposer à un individu des actes desquels il résultait une renonciation à la qualité de Français, qu'il avait, et aux droits qui découlaient pour lui de cette qualité.

400. On ne peut pas non plus déroger par une transaction à ce qui intéresse l'ordre public. Ainsi l'on ne peut, en transigeant sur un délit, arrêter la poursuite du ministère public, quoiqu'on puisse très-bien d'ailleurs transiger sur l'intérêt civil résultant de ce délit (art. 2046).

Et par le mot *délit*, dans cet article, on entend aussi les *crimes* et les simples *contraventions*.

Si la partie lésée par un délit transige pendant qu'un tribunal de répression est saisi de l'affaire, elle n'en reste pas moins responsable des frais envers le trésor public, soit que le prévenu soit absous ou condamné. Décret du 18 juin 1811, art. 157.

C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt de la Cour

---

(1) Sirey, 1824-2-78.

de cassation, en date du 5 février 1813, en cassant un jugement du tribunal correctionnel de Montauban.

Il faut au surplus remarquer que la transaction sur l'intérêt civil résultant d'un délit n'est point une preuve ni un aveu du délit lui-même; elle ne doit même pas faire préjuger la culpabilité, car un innocent peut fort bien transiger pour éviter les désagrémens d'une procédure humiliante (1).

401. On ne peut, par la même raison, opérer, par une transaction, une séparation de corps ou de biens, attendu que toutes séparations volontaires sont nulles (art. 307 et 1443).

402. Et il est clair aussi qu'on ne peut, par cette voie, déroger à l'ordre des juridictions, quand il s'agit d'incompétence à raison de la matière.

Mais des particuliers peuvent très-bien transiger sur le sens d'un acte administratif, si, quel que soit l'objet du litige, aucune action ne peut réfléchir contre le Domaine; car alors ils ne traitent que sur des objets dont ils ont la libre disposition, ce qu'autorise formellement l'article 2045 du Code civil. Telle est la décision formelle

---

(1) Motifs de l'orateur du gouvernement, contraires à la décision du Droit romain, dans la L. 4, § 5 et L. 5, ff. *De his qui not. infam.*

d'un arrêt de la Cour de cassation, du 17 janvier 1811 (1).

403. Suivant l'article 1004 du Code de procédure, on ne peut compromettre sur les dons et legs d'alimens, logement et vêtemens, et d'après l'article 581 du même Code, ces objets sont insaisissables : c'est évidemment parce qu'on les a considéré comme inaliénables, et le même principe veut pareillement que le créancier ne puisse en faire la matière d'une transaction.

En conséquence de ces principes, la Cour de Nîmes a jugé, par arrêt du 18 décembre 1822 (2), que l'acte par lequel un donataire avait renoncé au don d'alimens qui lui avait été fait, moyennant une somme représentative du capital de sa pension, était nul et de nul effet, attendu que l'objet n'était pas susceptible d'être aliéné par transaction ni par aucun autre acte.

Les lois romaines prohibaient les transactions sur ces objets, à moins qu'elles ne fussent autorisées par le magistrat, parce que, ainsi que le dit la loi 8, ff. à ce titre, l'expérience a démontré que les personnes à qui des alimens sont donnés ou légués (et qui ne sont malheureusement que trop souvent des prodigues), seraient facilement disposées à en faire l'abandon pour la plus modique somme qui leur serait payée comptant,

---

(1) Sirey, 1814-1-126. (2) Sirey, 1825-2-86.

et l'attente du donateur ou testateur se trouverait ainsi déçue. *Cum hi quibus alimenta relicta erant facilè transigerent, contenti modico præsenti : Divus Marcus oratione in Senatu recitatâ efficit*, NE ALITER ALIMENTORUM TRANSACTIO RATA ESSET, QUAM SI AUTORE PRÆTORE FACTA. *Solet igitur Prætor intervenire, et inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quæ admitti debeat.* Cette disposition, qui s'appliquait aussi aux legs de logement et de vêtement, doit être suivie dans notre Droit, sous ce double rapport, savoir, que la transaction n'est pas valable si elle a eu lieu sans l'approbation de la justice, mais qu'avec cette approbation elle est valable ; car il peut être de l'intérêt de celui à qui les alimens ont été donnés ou légués par un acte susceptible de difficulté, d'en faire la matière d'une transaction, plutôt que de plaider; et avec l'homologation du tribunal, sur les conclusions du ministère public, on ne voit pas pourquoi la transaction n'aurait pas pleine force. Les juges auraient à considérer surtout l'incertitude du droit, le mode de la transaction, c'est-à-dire les avantages qu'elle procurerait au créancier, et les circonstances tirées de la personne de ce dernier (1).

Au surplus, les lois romaines elles-mêmes (2),

---

(1) L. 8 précitée, § 8. Cette loi entre dans le détail des causes qui peuvent motiver la transaction.

(2) L. 8, Cod. *de Transact.*

admettaient la validité de la transaction, même sans l'approbation du magistrat, lorsqu'elle était intervenue sur des arrérages échus, attendu que le créancier ayant vécu sans ces mêmes arrérages, le motif de la prohibition n'avait pas la même force que pour les arrérages futurs. On devrait aussi admettre cette décision dans notre Droit. Et elles décidaient aussi que, si, en transigeant sur les alimens eux-mêmes sans l'autorisation du Prêteur, le créancier avait donné pour cela quelque chose au débiteur, ce qui avait été donné tenait lieu de paiement des arrérages qui pouvaient être échus alors, ni plus ni moins, à moins toutefois que le débiteur ne se fût enrichi de l'excédant, auquel cas le créancier pouvait répéter jusqu'à concurrence de ce dont le débiteur s'était enrichi, en vertu du principe *neminem ex alieno damno locupletari debere* (1).

Du reste, dans tous les cas, il n'y avait que celui à qui les alimens étaient dus, et non l'autre partie, qui pouvait se prévaloir de la nullité de la transaction faite sans l'autorisation du magistrat, parce que le but de la loi n'était pas de prohiber absolument les transactions faites sur cette matière sans cette permission, mais seulement d'empêcher que le droit aux alimens pût être détruit ou même simplement diminué par cette voie; et il en serait incontestablement de même dans notre Droit.

---

(1) L. 8, § 22, ff. *de Transact.*

404. On peut transiger sur un procès tendant à faire annuler un contrat comme vicié d'usure, et consentir ainsi à l'exécution de ce contrat. Vainement dirait-on, et offrirait-on de prouver, pour faire annuler la transaction et le contrat, que la transaction a laissé subsister l'usure. C'est ce qu'a jugé la Cour de Douai, dont la décision a été confirmée par la Cour de cassation, par arrêt du 29 mai 1828 (1).

Toutefois, il a été jugé aussi, par la Cour de Bordeaux, dont la décision a pareillement été confirmée en cassation (2), qu'une transaction sur la validité de titres impugnés d'usure n'est pas valable lorsqu'elle n'est elle-même qu'un acte fait pour déguiser le vice d'usure, pour favoriser et maintenir des stipulations usuraires, ou lorsqu'elle en contient elle-même.

Les circonstances, en effet, dans lesquelles est intervenu la transaction, et la nature des stipulations qu'elle renferme, doivent être d'un grand poids dans la solution de cette question : et comme ces circonstances n'étaient point les mêmes dans les deux espèces ci-dessus, il n'y a pas contradiction dans les décisions.

405. Il a été jugé, par arrêt de cassation du 11 mars 1807 (3), qu'une transaction entre un

---

(1) Sirey, 1828-1-341.

(2) Arrêt du 22 juin 1830; Sirey, 1830-1-409.

(3) Sirey, VII-2-1235.

avocat et son client, pour couvrir les vices d'une société faite précédemment entre eux dans l'objet de devenir, pour le profit commun, adjudicataires des biens dont le client poursuivait l'expropriation, était valable en droit et obligatoire suivant sa teneur. Mais cela devrait dépendre beaucoup des circonstances de l'affaire.

406. Suivant l'article 2044, la transaction doit être passée par écrit, probablement parce qu'on a pensé qu'une convention destinée à terminer un procès, ou à en prévenir un, ne devait pas être elle-même l'objet d'un procès sur le fait de son existence. Mais il est peu probable que les rédacteurs du Code aient exigé l'écriture comme condition substantielle; il est à croire qu'ils ne l'ont prescrite que pour exclure la preuve testimoniale même dans les cas où l'objet de la transaction n'excéderait pas cent cinquante francs. On est d'autant mieux porté à le penser ainsi, que, suivant les articles 1358 et 1360, le serment peut être déféré sur quelqu'espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

Et la Cour de Bruxelles, conformément à cette interprétation, a décidé, par son arrêt du 1er décembre 1810 (1), que, de ce que l'article 2044

---

(1) Sirey, 1811-2-282.

veut que toute transaction soit rédigée par écrit, il ne s'en suit pas que celle qui est faite verbalement soit nulle par cela même; en conséquence elle a jugé que celui qui allègue une transaction verbale peut faire interroger son adversaire sur faits et articles, pour établir la vérité de son allégation.

CHAPITRE III.

Des personnes qui peuvent transiger.

SOMMAIRE.

407. *Pour pouvoir transiger, il faut pouvoir disposer de l'objet compris dans la transaction; application du principe à la transaction faite sur des biens dotaux.*

408. *Celui qui a transigé avec un incapable ne peut se prévaloir de l'incapacité de la personne avec laquelle il a transigé.*

409. *En certains cas, les femmes mariées, quoique non autorisées, les mineurs émancipés, ainsi que les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire, transigent valablement.*

410. *Formalités requises pour la validité des transactions faites par les tuteurs.*

411. *Et pour celles faites par les communes et les établissemens publics.*

407. Pour pouvoir transiger, il faut pouvoir disposer de l'objet compris dans la transaction (art. 2045).

Par conséquent la femme mariée sous le régime dotal ne peut, même avec l'autorisation de son mari, renoncer, par une transaction, à des droits sur des biens compris dans sa dot, si

ces mêmes biens n'ont pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage; et il ne paraît même pas que la justice puisse l'autoriser à transiger sur de tels droits, car les dispositions du Code qui permettent, par exception, et avec l'autorisation du juge, l'aliénation des biens dotaux en certains cas, ne comprennent point celui de transaction. Cependant, comme les actes de cette nature sont dignes de faveur, et que l'intérêt de la femme, en beaucoup de cas, réclamerait une transaction plutôt que d'être exposé aux chances incertaines d'un procès, il est à croire que celle qui serait faite avec l'autorisation de la justice serait inattaquable.

Au surplus, si la femme, d'ailleurs dûment autorisée de son mari ou de justice, avait, au contraire, par la transaction, conservé des biens dotaux, en payant à l'autre partie quelque somme ou quelqu'autre chose non comprise dans sa dot, elle ne pourrait évidemment demander la nullité du traité, puisqu'elle n'aurait nullement par là aliéné des biens dotaux, quoique la transaction ait porté sur de tels biens ; et dans aucun cas celui qui a transigé avec la femme, ou les deux époux, relativement à des biens dotaux, ne peut demander la nullité de l'acte. Cette nullité peut seulement être invoquée par la femme, le mari ou leurs héritiers (art. 225 et 1125) (1).

---

(1) *Vide* tome xv, n° 528, et, par analogie, les arrêts qui y sont cités.

408. Toujours de notre règle, que, pour pouvoir transiger, il faut être capable de disposer des objets compris dans la transaction, il suit aussi que les mineurs, les femmes mariées non dûment autorisées, les interdits et les personnes placées sous l'assistance d'un conseil judiciaire pour cause de prodigalité ou de faiblesse d'esprit, ne peuvent, en général, transiger valablement, en ce sens que si la transaction leur est désavantageuse, ils peuvent en demander la nullité, soit par voie d'action, soit par voie d'exception; mais ceux qui ont traité avec eux ne peuvent se prévaloir de la nullité (art. 1125). La nullité est relative : seulement, si l'incapable veut que la transaction subsiste, il doit l'exécuter de son côté dans toutes ses dispositions; il ne peut pas en scinder les effets.

La personne qui aurait cautionné l'incapable ne pourrait non plus se prévaloir de la nullité (art. 2012). Elle paierait, à titre de dommages-intérêts, à l'autre partie, une somme égale au préjudice qu'éprouverait cette partie à raison du défaut d'exécution de la transaction de la part de l'incapable.

409. Au surplus, la femme séparée de biens pouvant disposer de son mobilier et l'aliéner sans avoir besoin pour cela d'être autorisée (art. 1449), on ne doit pas douter qu'elle ne puisse, par la

même raison, valablement transiger sur un objet mobilier.

Un mineur commerçant, par conséquent un mineur émancipé (art. 2 du Code de comm.), peut de même transiger sur une contestation relative à son négoce. Nous en disons autant de tout mineur émancipé, relativement aux objets compris dans la simple administration des biens, par exemple sur des fermages ou autres revenus, surtout s'il était assisté de son curateur.

Même décision à l'égard de la personne placée sous l'assistance d'un conseil judiciaire, et transigeant sur des objets dont elle pourrait disposer sans avoir besoin pour cela d'être assistée du conseil; par exemple sur des loyers, sur une vente de denrées provenant de ses récoltes, avec un ouvrier qui a fait quelques réparations à une de ses maisons, etc.

En effet, le mineur émancipé et l'individu placé sous l'assistance d'un conseil touchent leurs revenus sans avoir besoin d'être assistés du curateur ou du conseil; ils peuvent, seuls, vendre leurs denrées et en toucher le prix; ils ont par cela même la disposition des sommes en provenant, non pas, sans doute, en ce sens qu'ils puissent en faire des donations en forme, mais en ce sens qu'ils peuvent les faire servir à leurs besoins, et, de fait, les dissiper. Comment, d'après cela, la transaction faite par eux sur de semblables objets serait-elle nulle? Nous ne pouvons

le penser (1). C'est d'ailleurs ce que l'orateur du Gouvernement a formellement déclaré au sujet du mineur émancipé : « La capacité nécessaire « pour transiger, disait-il, est relative à l'objet « de la transaction. Ainsi le mineur émancipé « pourra transiger sur les objets d'administration « qui lui sont confiés, *et sur ceux dont il a la dis-* « *position.* »

Mais faut-il conclure de ces dernières expressions que, avec l'assistance de son curateur, il pourrait transiger sur un capital mobilier? De ce qu'il a la capacité de recevoir un capital et d'en donner décharge avec l'assistance de son curateur, il n'a pas pour cela la capacité d'en disposer, puisqu'au contraire la loi prescrit au curateur de surveiller l'emploi des deniers (art. 482), ce qu'elle ne dit pas à l'égard des simples revenus. La transaction n'est point un acte de simple administration, et quant aux actes qui ne sont pas de cette qualité, l'article 484 veut que le mineur ne puisse les faire sans observer les formalités prescrites au mineur non émancipé : d'où nous concluons que pour que la transaction soit valable à son égard, il faut l'autorisation du conseil de famille, donnée d'après l'avis de trois

---

(1) Nous avons déjà exprimé cette opinion au titre de la *Minorité*, tome III, nos 668 et 669, et au titre *de l'Interdiction*, même volume, n° 799.

jurisconsultes, désignés par le procureur du roi, et que la transaction soit homologuée par le tribunal, sur les conclusions du ministère public. Si l'on songe que la fortune d'un mineur émancipé peut consister en totalité ou en très-grande partie en créances ou droits mobiliers, on ne sera point étonné de cette décision. D'après la loi du 24 mars 1806, il est même besoin de l'avis du conseil de famille pour transférer une inscription de rente sur l'Etat excédant cinquante francs de revenu, soit que le mineur créancier soit émancipé ou non : l'assistance du curateur ne suffit pas pour cela; or, comment pourrait-elle suffire pour opérer une transaction dont les conséquences pourraient être si funestes au mineur? M. Favard de Langlade, dans son Répertoire, au mot *transaction*, est d'un avis contraire au nôtre, mais nous croyons que c'est par une fausse application des articles 482, 484 et 467, sur lesquels il se fonde.

410. Quant au tuteur, il ne peut transiger pour le mineur ou l'interdit que conformément à l'article 467; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 (art. 2045).

411. Les communes et établissemens publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi (art. 2045), afin que leurs intérêts

ne soient pas sacrifiés à des intérêts particuliers, par l'ignorance, la complaisance ou la corruption des administrateurs des communes ou des établissemens. Quant aux formalités à observer pour les transactions entre les communes et les particuliers, elles sont réglées par l'arrêté du 12 frimaire an XII, portant, article 1er : « Dans tous « les procès, nés et à naître, qui auraient lieu « entre des communes et des particuliers, sur des « droits de propriété, les communes ne pourront « transiger qu'après une délibération du conseil « municipal, prise sur la consultation de trois « jurisconsultes désignés par le préfet du dépar- « tement, et sur l'autorisation de ce même préfet, « donnée d'après l'avis du conseil de préfecture.

« Art. 2. Cette transaction, pour être défini- « tivement valable, devra être homologuée par « un arrêté du Gouvernement, rendu dans les « formes prescrites pour les réglemens d'admi- « nistration publique. »

L'article 15 de l'arrêté du 7 messidor an IX, relatif *aux rentes et domaines nationaux affectes aux hospices*, porte : « Pourra le comité consultatif, « pour les cas qui le permettront, transiger sur « tous droits litigieux.

« Les transactions recevront leur exécution « provisoire; mais elles ne seront définitives et « irrévocables qu'après avoir été approuvées par « le Gouvernement, à l'effet de quoi elles seront

« transmises au ministre de l'intérieur, revêtues « de l'avis des préfets et sous-préfets. »

La transaction ainsi conclue, avec l'autorisation du Gouvernement, rentre dans le droit commun, comme si elle avait été passée entre particuliers capables de transiger, pour tout ce qui concerne son interprétation, son effet et son étendue. Ce sont les termes mêmes d'un décret du 2 janvier 1812, portant annulation d'un conflit élevé par l'administration sur une affaire pendante à la Cour impériale de Turin entre la commisson administrative des hospices de cette ville et des particuliers.

CHAPITRE IV.

De l'effet des transactions.

SOMMAIRE.

412. *Effet général de la transaction.*

413. *On peut y joindre une peine contre celui qui manquera de l'exécuter; renvoi à un volume précédent quant à l'effet de cette clause.*

414. *Toute transaction se renferme dans son objet.*

415. *Et elle ne s'étend pas à un moyen qu'on ne pouvait prévoir en transigeant.*

416. *Celui qui a transigé sur un droit qu'il avait de son chef n'est point lié par la transaction quant à un droit nouveau, quoique semblable, qu'il a acquis du chef d'une autre personne, et il ne peut non plus s'en prévaloir.*

417. *La transaction faite par un des intéressés ne lie point les*

412. Les transactions régulièrement consenties, et par personnes capables à cet effet, terminent la contestation comme le ferait un jugement passé en force de chose jugée (art. 2052), qui ne serait d'ailleurs susceptible d'être réformé ni par la voie de la requête civile, ni par celle du recours en cassation : en un mot, la transaction tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite (art. 1134).

413. Et pour en assurer encore plus pleinement l'exécution, les parties peuvent y ajouter une peine contre celle qui manquera de l'exécuter (art. 2047).

Sur le point de savoir si l'autre partie, en cas de contravention, peut tout à la fois demander la peine et l'exécution de la transaction, ou, au contraire, si elle doit opter pour l'une ou pour l'autre, conformément à l'article 1229, *voyez* la

discussion à laquelle nous nous sommes livrés à ce sujet, au tome XI, n° 345, où nous rapportons les textes du Droit romain, peu concordans, il est vrai, entre eux sur ce point épineux, et l'interprétation des auteurs.

414. Malgré la faveur dont sont environnées les transactions, on ne peut néanmoins en étendre les effets à d'autres objets que ceux sur lesquels on a transigé : toute transaction, au contraire, se renferme dans son objet ; et la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui y a donné lieu (art. 2048). Elle ne règle que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé dans l'acte (art. 2049).

Ainsi, lorsque j'avais demandé qu'un tel, héritier d'un tel, fût condamné à me payer différentes sommes, dont je me prétendais créancier envers la succession, et que, sur cette demande, j'ai transigé avec lui, en renonçant à tous mes droits et prétentions, cette renonciation ne doit s'entendre que des droits, actions et prétentions que j'avais contre le défunt, et non de ceux que je puis avoir contre l'héritier personnellement.

415. Non-seulement les transactions ne règlent

que les objets qui y sont compris, et ne s'étendent point à d'autres objets, mais encore elles ne règlent, relativement à la chose pour laquelle on a transigé, que les difficultés prévues par les parties quant à cette même chose, et non celles dont elles n'ont pas parlé dans la transaction. La loi 9, § 3, ff. *de Transact.*, consacre ce principe de la manière la plus claire et la plus formelle. Le jurisconsulte y suppose qu'un enfant, qui n'était point certain, lors de la transaction qu'il a faite au sujet du testament de son père, d'avoir la plainte d'inofficiosité, a transigé sur d'autres vices du testament; et il décide que la transaction n'a pour effet que de purger ces vices, et non d'empêcher l'enfant d'intenter la plainte d'inofficiosité, à laquelle il n'a point renoncé, puisqu'alors il ne savait pas l'avoir. *Ei, qui nondùm certus ad se querelam contrà patris testamentum pertinere, de aliis causis cum adversario pacto transegit; tantùm in his interpositum pactum nocebit, de quibus inter eos actum esse probatur.... iniquum est perimi pacto, id de quo cogitatum non docetur.*

En conséquence de ce principe, il a été jugé, par arrêt de cassation du 17 novembre 1812 (1), qu'un grevé de substitution ancienne avait pu invoquer la loi du 14 novembre 1792, abolitive des

---

(1) Sirey, 1813-1-145.

substitutions, encore bien qu'à une époque antérieure il se fût obligé, par une transaction, à maintenir et exécuter la substitution dont il était chargé.

En effet, la transaction ne portait point sur l'abolition de la substitution, qu'on ne prévoyait point alors, et elle s'est trouvée sans cause par l'effet de la loi de 1792.

416. Les transactions se renfermant dans leur objet, il suit aussi de là que si celui qui avait transigé sur un droit qu'il avait de son chef, acquiert ensuite un droit semblable du chef d'une autre personne, il n'est point, quant au droit nouvellement acquis, lié par la transaction antérieure (art. 2050), et il ne pourrait, par la même raison, s'en prévaloir.

De là encore, si je transige avec celui qui a été mon tuteur, sur le fait de la tutelle, et que je succède ensuite à mon frère, qui avait été soumis à la même tutelle, je ne suis point, quant aux droits de mon frère contre le tuteur, lié par la transaction faite avec celui-ci. L. 9, *pp.* ff. *de Transact.*

Ainsi encore, héritier de Paul pour moitié, je transige avec Jean, au sujet d'un fonds sur lequel Paul avait des droits douteux; la transaction a lieu avant le partage de la succession, avant même que mon cohéritier l'ait acceptée : celui-ci vient ensuite à renoncer à l'hérédité, et

sa part, par cette raison, accroît à la mienne (art. 786); ou bien mon cohéritier, ayant accepté la succession, me vend sa part qu'avait Paul sur ce fonds : je ne suis pas lié par la transaction quant à la part qu'avait mon cohéritier.

L'autre partie ne pourrait même l'invoquer, tout en offrant de me faire, pour cette portion, les mêmes conditions que celles auxquelles j'ai traité pour la part comprise dans la transaction, quoiqu'elle soit chose tout à fait semblable, et qu'on pût ainsi penser que les raisons qui m'ont porté à transiger, l'intention de prévenir un procès ou d'en terminer un, étant les mêmes quant à cette portion, je devrais être censé avoir voulu transiger aussi à l'égard de cette même portion, et aux mêmes conditions. Mais il n'en est rien; j'ai pu renoncer, moyennant certaines conditions, et quant à la part que j'y avais, au droit de mon auteur, parce qu'alors ce droit me paraissait fort incertain : aujourd'hui, il peut me paraître bien moins douteux, et par conséquent je n'ai pas absolument les mêmes motifs pour étendre la transaction à la part de mon cohéritier, qui m'est survenue depuis ce traité. Ajoutez que des considérations relatives à la personne avec laquelle j'ai transigé ont pu aussi me déterminer, et que ces considérations peuvent très-bien avoir cessé.

Et quoique, dans l'espèce où mon cohéritier a renoncé à la succession, on ne puisse pas dire

absolument, en Droit, que la part qu'il avait avant sa renonciation soit pour moi un droit *nouveau*, attendu que l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier (art. 785), et qu'ainsi je suis censé avoir été seul maître de tout le droit à partir de la mort du défunt (1); néanmoins, notre article 2050 n'est pas moins applicable à ce cas, attendu que par *droit nouvellement acquis*, on a entendu un droit acquis par un événement nouveau, c'est-à-dire postérieur à la transaction, et la renonciation de mon cosuccessible, qui a fait que j'ai eu le tout, est un événement nouveau par rapport à la transaction.

Notre décision serait la même si c'était sur sa part héréditaire que l'un des héritiers eût transigé avec un tiers, et que son cosuccessible fût venu ensuite à renoncer : l'héritier ne serait point, quant à la part de ce dernier, lié par la transaction; et, de son côté, il ne pourrait s'en prévaloir, pour obtenir des conditions semblables à celles qu'elle lui assure relativement à la part sur laquelle il a traité.

Le principe s'appliquerait, par la même raison, au cas où la transaction contiendrait, de la part de l'une des parties, non pas un abandon de son droit, mais une reconnaissance ou une confirmation du droit de l'autre, et que cette dernière partie acquerrait un droit semblable : elle ne

(1) Nous avons déjà répondu à cette objection, au tome x, n° 526.

pourrait, pour faire valoir le droit nouveau, invoquer la transaction.

417. La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés, et ne peut être opposée par eux (art. 2051) (1). C'est l'application du principe que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers, et qu'elles ne lui profitent que dans les cas prévus à l'article 1121, (art. 1165). De là si je transige avec l'un des héritiers de mon débiteur, en lui faisant une réduction sur sa part dans la dette, ses cohéritiers ne pourront prétendre à la même remise, en invoquant la transaction; car j'ai pu avoir des motifs particuliers pour transiger avec lui, qui n'existent pas à l'égard des autres. Et je ne peux pas, de mon côté, argumenter de la transaction contre eux, pour prétendre que le droit existe bien réellement, qu'il a été par là reconnu : le droit de le contester, au contraire, est encore entier à leur égard.

Ainsi encore, si une personne instituée légataire universel ou héritier par le testament de Paul, et chargée de divers legs, transige, avec les héritiers légitimes de ce dernier, sur la nullité du testament, et renonce à son legs moyen-

---

(1) Voyez la L. 3, ff. *de Transact.*

nant certaines choses de l'hérédité ou une certaine somme, cette transaction ne peut être opposée par les parens aux autres légataires, sur le fondement que le légataire universel a reconnu par la transaction que le testament était infecté de tel vice, qu'il a expressément traité sur la nullité de cet acte. Ces légataires conservent leurs droits, tels quels, et ils peuvent les exercer, soit contre le légataire universel, qui, en transigeant, a par cela même accepté le legs qui lui a été fait, sauf à lui son recours contre les héritiers légitimes, s'il y a lieu, soit même contre ceux-ci, qui détiennent ainsi les biens de l'hérédité.

418. Dans le cas d'obligation indivisible, par exemple lorsque l'un des copropriétaires d'un héritage qui a un droit de servitude douteux sur l'héritage voisin, transige avec le propriétaire de ce dernier héritage, à l'effet que le droit de servitude soit désormais incontesté, nous pensons que les copropriétaires peuvent invoquer la transaction, non-seulement parce qu'évidemment, dans ce cas, on ne peut pas raisonnablement dire qu'elle a été faite *intuitu personæ*, du moins généralement, mais encore parce que les différens copropriétaires étant associés par rapport à l'héritage commun, la convention faite par l'un d'eux doit profiter aux autres, comme étant, en ce qui les concerne, la condition d'une stipulation que le transactionnaire a faite pour lui-même, ce qui

la rend valable à leur profit d'après l'article 1121. Un associé a d'ailleurs généralement le pouvoir de faire meilleure la condition de ses coassociés (1). Mais s'il avait fait remise de la servitude par la transaction, il est clair que cette remise ne serait pas obligatoire pour les autres copropriétaires.

419. Quant à la transaction faite par l'un des créanciers solidaires, voyez ce qui a été dit tome XI, nos 176 et 177.

420. La transaction faite par le créancier avec l'un des débiteurs solidaires, sans que celui-ci ait reçu pouvoir à cet effet de ses codébiteurs, ne peut évidemment être opposée à ceux-ci, quelqu'avantageuse qu'elle semblât devoir être pour eux lorsqu'elle a été faite. Ils peuvent donc encore opposer au créancier toutes les fins de non-recevoir, déchéances et nullités qu'ils auraient à faire valoir.

Mais peuvent-ils eux-mêmes s'en prévaloir, pour profiter de la remise qui y aurait été faite au codébiteur? La question doit être décidée par une distinction. Si la transaction a eu lieu sur le fait

---

(1) M. Delvincourt décidait, dans le cas de transaction sur une obligation indivisible, et faite avec l'un des héritiers du débiteur, que le créancier peut toujours demander la chose entière aux autres cohéritiers, en offrant de leur faire raison de la part de celui avec lequel il a transigé, par argument tiré de l'article 1224. Mais nous persistons dans notre décision.

de la solidarité de ce débiteur, ou sur quelqu'autre moyen purement personnel à ce dernier, par exemple sur ce qu'il était mineur quand il s'est obligé, les codébiteurs ne peuvent se prévaloir de la transaction, ni par conséquent de la remise qui y a été faite au débiteur, quand bien même le créancier n'aurait pas eu la précaution de réserver tous ses droits contre eux; car, dans ces cas, la transaction est clairement faite *intuitu personæ*, et la remise qui y est faite a tous les caractères d'une remise purement personnelle. Mais comme le créancier a par là déchargé le débiteur avec lequel il a transigé, il ne peut plus demander aux autres le paiement de la dette que déduction faite de la part de ce débiteur, et même déduction faite aussi de la part qu'il aurait eue à supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des autres codébiteurs, par application des articles 1210 et 1215. En vain dirait-il que les autres codébiteurs, après avoir payé toute la dette, n'auraient eu contre leur codébiteur qu'un recours inefficace, attendu sa qualité de mineur quand il s'est obligé; on lui répondrait que ce n'était pas à lui à les priver de toute action à cet égard, ainsi qu'il l'a fait en le déchargeant. S'il eût déchargé un codébiteur tout-à-fait insolvable, son action contre les autres n'aurait pas moins été réduite du montant de la part de ce débiteur dans la dette (art. 1210), et même aussi du montant de sa part dans la perte résultant de l'in-

solvabilité de tel ou tel autre codébiteur (art. 1215); or, la raison est la même dans l'espèce.

Il faut décider la même chose dans le cas même où la transaction faite avec l'un des débiteurs solidaires n'a pas eu lieu en considération de quelqu'exception ou moyen purement personnel à ce débiteur, mais bien à cause de quelque difficulté qui s'élevait sur la dette elle-même, si, dans ce cas, le créancier a expressément réservé tous ses droits contre les autres codébiteurs : il peut encore leur demander le paiement de la dette nonobstant la transaction, sous la déduction toutefois de la part de ce débiteur et de sa part aussi dans la perte résultant de l'insolvabilité de tel ou tel des codébiteurs (art. 1285 et 1215 analysés et combinés).

Mais si, dans cette espèce, le créancier n'a pas réservé ses droits contre les autres codébiteurs, il nous paraît certain que la remise qu'il a faite par la transaction leur profite comme toute autre remise conventionnelle; car la remise ordinaire est aussi bien censée faite *intuitu personæ* que la transaction, et mieux encore, s'il est possible, puisque c'est une libéralité au fond (1); or, si, d'après l'article 1285, la remise conventionnelle

(1) La remise est si bien censée faite aussi *intuitu personæ*, que celle qui a été faite à la caution ne peut pas être invoquée par le débiteur (art. 1287), tandis qu'assurément le paiement fait par la caution libère bien le débiteur, et la novation faite avec la caution le déchargerait également.

faite à l'un des débiteurs solidaires profite aux autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre eux, et même, avec cette réserve, si elle les décharge jusqu'à concurrence de la part de ce débiteur, à combien plus forte raison en doit-il être ainsi dans un cas où la créance elle-même était douteuse, et où l'on doit bien moins supposer que c'est une libéralité que le créancier a voulu faire au débiteur avec lequel il a traité (1). Peu importe que notre article 2051 dise que la transaction faite avec l'un des intéressés ne lie point les autres, *et ne peut être opposée par eux;* cela n'est qu'un principe général, susceptible des modifications résultant de la nature des engagemens solidaires, qui ont leurs règles particulières.

Dans les cas ci-dessus, où l'un des débiteurs solidaires a transigé à raison d'un moyen qui lui était personnel, ou sur le fait de la dette elle-même, et lorsque, dans ce dernier cas, le créancier a réservé tous ses droits contre les codébiteurs, nous venons de dire que la transaction ne

---

(1) M. Delvincourt est d'une opinion contraire à la nôtre sur ce dernier point : il ne pense pas que les autres codébiteurs puissent invoquer la transaction, parce que, dit-il, elle est censée faite *intuitu personæ :* le débiteur qui a transigé est censé avoir payé sa part, et voilà tout ; c'est donc le cas, dit-il, d'appliquer l'article 1210.

Il faudrait bien aussi appliquer l'article 1215 : cela est incontestable.

peut être invoquée par ceux-ci; que seulement l'action du créancier contre eux est réduite du montant de la part de ce débiteur, et de celle qu'il aurait eue à supporter dans la perte résultant de l'insolvabilité de l'un des codébiteurs, s'il n'eût pas été déchargé de la dette. Mais il reste une difficulté à résoudre : celle de savoir si ce que le débiteur aura payé, en exécution de la transaction, au-delà de sa part dans la dette et de sa part dans les insolvabilités, doit tourner à la décharge des autres codébiteurs? C'est notre opinion, parce qu'en somme le créancier ne doit rien recevoir au-delà de cette même dette. En vain dirait-il qu'en déchargeant, par la transaction, le débiteur de la solidarité, il a perdu un droit, il a couru une chance défavorable, au cas où les autres codébiteurs seraient insolvables, et qu'ainsi, en profitant de ce que ce débiteur lui a payé ou promis en sus de sa part dans la dette, il n'en profite pas sans cause; on répondrait que l'effet de la transaction doit être restreint au but proposé, et ce qui a été payé par ce débiteur, quoiqu'en exécution de la transaction, n'a pas moins eu pour cause originaire la dette solidaire; or, le paiement fait par l'un des débiteurs solidaires libère les autres. Ce débiteur doit avoir une action en recours contre eux pour ce qu'il a payé au-delà de sa part dans la dette, et pour cela, il faut bien que cet excédant tourne à leur décharge.

Il y a plus de difficulté, selon nous, sur le

point de savoir si, en payant leurs parts dans la dette, ils ont eux-mêmes affranchi leur codébiteur quant aux obligations qu'il a contractées, par la transaction, en sus de ce qu'il devait supporter dans cette même dette? Par exemple : dette de 12,000 fr., contractée par quatre débiteurs solidaires; transaction faite avec l'un d'eux, qui contestait sa solidarité, moyennant promesse de 6,000 f. seulement; ou qui a transigé sur le fond de la dette, mais avec réserve par le créancier de tous ses droits contre les autres codébiteurs, et décharge de celui avec lequel il a traité. Le créancier a reçu des trois autres codébiteurs ou de l'un d'eux, n'importe, 9,000 fr. : peut-il encore demander au débiteur avec lequel il a traité les 6,000 fr. intégralement? Il dit qu'en le déchargeant de la solidarité, il a couru la chance de perdre 6,000 francs de sa créance, au cas où les autres débiteurs seraient insolvables, et qu'ainsi en demandant les 6,000 fr. qui lui ont été promis par la transaction, au lieu des 3,000 fr. qui formaient la part de ce débiteur dans la dette solidaire, il ne les demande pas sans cause, et qu'entre eux la transaction doit produire tous ses effets. C'est notre opinion : ce cas diffère du précédent, en ce que, dans celui-ci, le créancier voudrait tirer parti de la transaction contre les autres codébiteurs, s'il n'imputait point sur la dette ce qu'il a reçu de celui avec lequel il a transigé, et que ce dernier lui a payé en sus de

sa part dans cette même dette, puisque, sans la transaction, il eût bien été obligé de l'y imputer. Au lieu que dans l'autre cas, ce n'est point contre eux, mais contre le débiteur avec lequel il a transigé, qu'il invoque la transaction ; or, si elle lui a fait courir une chance désavantageuse, il doit profiter de celle qui lui a été favorable.

420. La caution peut incontestablement opposer la transaction faite par le débiteur sur le fait ou la nature de la dette, ou sur un événement qui pouvait en avoir opéré l'extinction ou la réduction, et par conséquent se prétendre libérée de ce qui a été remis au débiteur par la transaction, car son engagement n'est qu'une obligation accessoire. La transaction produit une exception réelle, et les exceptions de cette sorte peuvent être invoquées par la caution (art. 2036). Le débiteur ne pourrait même y renoncer à son préjudice (1). Il y a encore une autre raison de cette décision, c'est que si la caution était obligée de payer la dette primitive, elle exercerait son recours tel que de droit contre le débieur, et celui-ci, de la sorte, ne profiterait point de la transaction qu'il a faite, ce qui ne doit pas être.

La L. 7, § 1, ff. *de Transact.* décide même que si le débiteur a transigé avec le créancier,

---

(1) L. 62, ff. *de Pactis.*

après un jugement qui le condamnait, ainsi que le fidéjusseur, la transaction peut être invoquée aussi par celui-ci, et qu'elle a pour effet, dans ce cas, de détruire le jugement obtenu contre l'un et l'autre; mais que si, dans la même espèce, la transaction avait eu lieu avec le fidéjusseur, elle ne détruirait pas l'effet du jugement à l'égard du débiteur principal.

Mais *quid* si la transaction a eu lieu en considération de ce que le débiteur avait une exception personnelle à faire valoir contre son engagement, par exemple parce qu'il s'était obligé en minorité, ce qui a été exprimé dans l'acte? Si le créancier a réservé tous ses droits contre la caution, celle-ci ne peut assurément invoquer la transaction, parce que l'acte ne doit pas produire des effets plus étendus que ceux que les parties elles-mêmes ont voulu et pu y attacher; or, le débiteur a bien pu renoncer à une exception qui lui était purement personnelle, sans que la caution ait le droit d'invoquer une remise qui a été le prix de cette renonciation; et le débiteur lui-même ne peut pas venir dire ensuite, comme dans le cas précédent, que si la caution est obligée de payer toute la dette primitive, il ne profitera pas de la remise qui lui a été faite, à cause du recours de la caution; ce langage serait sans fondement, puisque, étant mineur quand il s'est obligé primitivement, sa caution, après avoir payé la dette, abstraction faite de la trans-

action, n'aurait eu de recours contre lui que jusqu'à concurrence de ce dont il se serait enrichi de l'engagement : d'où il suit qu'il est sans intérêt à ce que l'action du créancier contre la caution soit éteinte.

En conséquence, le créancier peut poursuivre l'exécution de la transaction vis-à-vis du débiteur, et le paiement de la dette vis-à-vis de la caution ; mais toutefois en ce sens que, s'il poursuit d'abord l'exécution de la transaction, ce que le débiteur aura payé pour cette cause tournera à la décharge de la caution ; et si le créancier s'adresse d'abord à la caution et que celle-ci paie la dette, le débiteur sera libéré de ce qu'il a promis par la transaction ; car le créancier ne doit pas être payé deux fois de la même dette ; or, c'est toujours la même dette : c'est toujours la même cause qui réside dans les deux contrats. Mais si le créancier n'avait pas réservé ses droits contre la caution, nous regarderions la remise faite par la transaction, d'une partie de la dette, comme une remise conventionnelle ordinaire, dont, par cela même, la caution devrait profiter, d'après l'article 1287. Il fallait que le créancier réservât tous ses droits contre la caution, s'il entendait les conserver : ne l'ayant pas fait, il doit être censé avoir remis absolument la partie de la dette dont il a fait remise.

421. Si c'est, au contraire, avec la caution

que le créancier a transigé, le débiteur principal ne peut se prévaloir de la transaction, puisque la remise faite à la caution ne profite pas au débiteur, d'après ce même article 1287; mais ce que la caution aura payé en exécution de la transaction, tourne à la décharge du débiteur principal, suivant l'article 1288; car c'est bien là quelque chose de payé par la caution pour obtenir la décharge de son cautionnement. Et si le débiteur lui-même paie en entier sa dette, la caution doit être libérée de la promesse faite par la transaction; s'il paie quelque chose au-delà de ce qui a été remis à la caution, cet excédant s'impute sur le second engagement de cette dernière. Le créancier ne doit rien recevoir au-delà du montant de sa créance.

422. Enfin, quant à la transaction faite par un grevé de substitution avec un tiers, soit sur la substitution elle-même, soit sur quelques-uns des objets qui s'y trouvent compris, *voyez* ce que nous avons dit, tome IX, n° 592, où nous rapportons les dispositions des anciennes ordonnances relatives aux formalités à observer pour que la transaction soit obligatoire pour les appelés à la substitution.

CHAPITRE V.

Des causes de nullité ou rescision des transactions.

SOMMAIRE.

434. *L'erreur de calcul dans une transaction ne donne pas lieu à la nullité, mais doit être réparée.*

423. Avant d'analyser les causes particulières pour lesquelles les transactions peuvent être rescindées ou annulées, nous dirons d'abord qu'elles ne peuvent l'être pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion (art. 2050).

Elles ne peuvent, en effet, être attaquées pour *erreur de droit*, attendu que chacun est censé connaître le droit : de là, si un débiteur, qui pouvait opposer la prescription, transige sur la dette, il ne sera point admis ensuite à venir dire qu'il l'a fait par erreur, dans l'ignorance où il était de la loi qui lui offrait le moyen de la prescription pour se libérer. Par la transaction, il a reconnu la dette, il a ainsi renoncé au moyen de prescription, et il n'est point admis à venir dire qu'il ignorait l'avoir en sa faveur.

Ainsi encore, si un héritier transige avec un légataire, ayant le testament sous les yeux, il ne sera pas reçu à dire ensuite que le testament était nul parce qu'il a été reçu par un notaire et deux témoins seulement, ou parce que tous les témoins n'ont pas signé, ou, si le testament avait été reçu à la campagne, parce qu'il n'a pas été signé par la moitié des témoins; car il devait savoir que le testament était nul pour ces causes. Et il faut bien remarquer que, dans l'espèce, quand bien même les parties n'auraient pas expressément transigé

sur la nullité, ainsi que l'exige, en général, l'article 2054, pour la validité de la transaction faite en exécution d'un titre nul, celle dont il s'agit ne serait pas moins bonne, les parties ayant traité le testament sous les yeux; car l'erreur alléguée ne pourrait être ici qu'une erreur de droit, et le Code porte expressément que les transactions ne peuvent être attaquées pour cette cause. S'il n'en était ainsi, cette décision de l'article 2052 n'aurait aucun sens, aucune application, puisqu'il est bien évident que celui qui voudrait se plaindre d'avoir erré en droit en transigeant sur un titre nul, n'a pas transigé expressément sur la nullité, autrement il aurait par cela même donné la preuve qu'il la connaissait et qu'il en connaissait la cause; et cependant le Code interdit d'alléguer l'erreur de droit. Dans tous les cas où la transaction serait faite en exécution d'un titre nul, et où elle aurait eu lieu par l'effet d'une erreur de droit, cet article pourrait toujours être éludé par l'application de l'article 2054, s'il était permis à celui qui a transigé de venir dire que la transaction est nulle parce qu'elle a été faite en exécution d'un titre nul et qu'on n'a pas transigé expressément sur la nullité : or, on ne doit pas supposer que les rédacteurs du Code aient établi des dispositions contradictoires. Au lieu que de cette manière, on peut fort bien les concilier (1).

---

(1) Voyez à ce sujet les arrêts du 25 mars 1807, et 22 juillet 1811, le

Mais si, dans l'espèce, ci-dessus, l'héritier et le légataire avaient transigé sans avoir le testament sous les yeux, et sans qu'il fût clairement prouvé d'ailleurs que l'héritier avait une parfaite connaissance de son contexte, l'erreur sur la nullité serait de fait plutôt que de droit; et, d'après cela, la transaction serait annulable, comme faite en exécution d'un titre nul sans que les parties aient expressément traité sur la nullité. Il en serait de même, encore que les parties eussent traité ayant le testament sous les yeux, si la cause de la nullité ne se montrait point à l'inspection de l'acte, par exemple, parce que l'un des témoins était incapable pour une cause cachée et inconnue à l'héritier.

424. Les transactions ne peuvent être attaquées pour *cause de lésion*, c'est-à-dire que, quand bien même l'une des parties offrirait de prouver que le droit qu'elle a abandonné valait beaucoup plus que ce qu'elle a reçu par la transaction, ou bien que la prétention de l'autre partie, et à laquelle celle-ci a renoncé, valait beaucoup moins que ce qu'elle a reçu pour cela, cette partie ne serait pas admise a attaquer la transaction pour cette cause; car, puisqu'il s'agissait d'un droit douteux, et que tout ce qui est soumis au jugement des hommes est

---

premier, dans Denevers, tome v, page 199, et le second, dans Sirey, tome XII, part. 1, pag. 41; et ce que nous avons dit à notre tome XIII, n° 270.

plus ou moins incertain, on ne peut pas dire qu'il y a lésion dans un acte qui a pour objet de régler les prétentions respectives des parties, et d'assurer leur tranquilité, en leur épargnant les frais et les embarras d'un procès.

Mais si la transaction était un premier acte intervenu entre cohéritiers pour faire cesser l'indivision, cet acte, quoique qualifié transaction, ne serait pas moins considéré comme un partage, et en conséquence *ce partage* serait rescindable pour cause de lésion de plus du quart, conformément à l'article 888, et à ce que nous avons dit en analysant cet article, au tome VII, nº 577 et suivans.

425. La transaction, il est vrai, ne peut être attaquée pour erreur de droit ni pour cause de lésion, mais elle est nulle ou annulable lorsqu'il y a eu erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation (art. 2053).

En effet, les transactions étant, en général, faites en considération de la personne avec laquelle on traite, parce qu'on peut vouloir faire en sa considération des sacrifiecs qu'on ne voudrait peut être pas faire si c'était tout autre, il était raisonnable de les déclarer nulles lorsqu'il y avait erreur dans la personne. Tel serait le cas où je transigerais sur les affaires d'une succession, avec un individu que je croyais être mon cohéritier, et qui ne l'était pas, en lui relâchant pour sa part certains objets de l'hérédité, ou en m'o-

bligeant à lui payer certaine somme, ou bien en recevant de lui certains objets de la succession ou certaine somme, pour les droits que j'y pouvais prétendre : la transaction serait nulle et de nul effet, comme étant faite sans cause ou sur une fausse cause, et ce que j'aurais payé ou abandonné pourrait être répété pendant trente ans, à moins toutefois qu'elle n'eût porté sur la qualité d'héritier de ma partie, qualité qui était l'objet de la contestation élevée entre nous, auquel cas elle serait très-valable, quoiqu'il fût ensuite démontré que cette partie n'était point héritière. Mais dans le premier cas, la transaction étant sans cause ou, ce qui revient au même, sur une fausse cause, puisque je croyais que ma partie était héritière, et que je n'ai point transigé sur sa qualité réelle ou prétendue, il est clair que ce que j'ai payé ou abandonné l'a été indûment, et par conséquent que c'est une action en répetition que la loi m'accorde dans ce cas. Si l'on m'opposait la transaction, je la repousserais par exception de nullité pour défaut de cause, même après les dix ans; car nous ne croyons pas que l'article 1304 soit plus applicable à ce cas, qu'il ne l'est à toute autre obligation sans cause.

On peut encore donner pour exemple d'une transaction nulle pour cause d'erreur dans la personne, celui où un créancier ou un débiteur d'une succession transige avec quelqu'un qu'il croyait héritier et qui ne l'était pas : la tran-

saction est sans effet ; le véritable héritier ne peut l'invoquer, et on ne peut l'invoquer contre lui : de manière qu'il n'y a même pas nécessité de la faire rescinder ou annuler ; elle est de droit sans effet, par conséquent il ne sera pas plus nécessaire d'agir en rescision dans les dix ans que si Paul avait vendu le fonds de Pierre sans le consentement de celui-ci.

« Si, dit Domat, la personne qui a un différend, en transige avec celui qu'il croit être sa « partie, et qui ne l'est pas, cette transaction sera « inutile. Ainsi par exemple, si un créancier « d'une succession transige avec celui qu'on « croyait être héritier, et qui ne l'était pas, cette « transaction sera sans effet, et à l'égard de ce « créancier, et à l'égard du vrai héritier, car le « vrai héritier n'a pu être obligé par le fait d'un « autre, et le créancier n'a pas été obligé de sa « part envers cet héritier, avec qui il n'a point « traité, et pour qui il pouvait avoir moins de « considération que pour celui qu'il avait cru être « l'héritier. » C'est aussi la disposition de la L. 3, § 2 ff. *de Transact.*

Il est vrai que l'article 1240 du Code civil porte que le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé. Mais il fallait bien protéger un débiteur, qui est forcé de payer au possesseur de la créance pour éviter des frais ; tandis qu'il n'y a pas la même nécessité

de donner effet à des actes qui ont été passés par celui qui était sans qualité réelle pour les faire.

Si donc la transaction a été faite entre l'héritier apparent et un débiteur de bonne foi, et que celui-ci ait payé quelque somme, aussi de bonne foi, en exécution de la transaction, cela doit s'imputer sur la dette, en vertu de l'article 1240; car en réalité c'est un paiement fait sur cette même dette. Mais il ne pourra opposer à l'héritier véritable la remise qui lui avait été faite par la transaction. Et si c'est avec un créancier que la transaction a eu lieu, et que le possesseur de l'hérédité lui ait payé quelque chose en exécution de cette même transaction, il aura contre lui l'action en répétition, pour paiement fait indûment, sans pouvoir s'en faire faire raison par le véritable héritier; car celui-ci ne demeure pas moins tenu de la dette nonobstant la transaction et ce paiement qui n'a point été fait en son nom et en son acquit.

L'erreur sur l'objet de la contestation n'aura lieu que dans des cas très-rares, puisque l'idée de transaction suppose une difficulté sur quelqu'objet mentionné dans l'acte, et par conséquent que cet objet est connu de l'une et de l'autre partie.

426. Si l'une des parties est évincé par un tiers de quelques-uns des objets que l'autre lui a livrés *transactionis causâ*, pour avoir ou garder ceux qui faisaient la matière de la contestation, le Droit romain décidait, dans ce cas, qu'il n'y a pas lieu

pour cela à rescinder la transaction et à ressusciter le procès, mais seulement lieu à une action en garantie pour cause d'éviction ; et qu'il n'y avait même lieu à aucune action en garantie (à moins que la garantie n'eût été promise), si c'était l'objet même sur lequel on avait transigé qui eût été évincé à la partie à laquelle il était demeuré par l'effet de la transaction, attendu que, dans ce cas, cette partie était censée avoir voulu prendre sur elle les risques de l'éviction, et l'autre partie avoir seulement voulu renoncer à ses prétentions sur cet objet. Telle est la double décision de Dioclétien et de Maximien, dans la loi 33 au Code, *de Transact.*, et elle nous paraît si juste, que nous n'hésitons pas à penser qu'elle devrait être suivie dans notre Droit, sauf l'effet des conventions particulières portées dans la transaction, dans la prévoyance de l'éviction.

427. La transaction, comme les autres contrats, peut être aussi rescindée dans tous les cas où elle a eu lieu par suite de violence ou de dol (art. 2053), en observant toutefois la distiction que le Code établit entre ces deux genres de vice, au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, savoir : que la violence est une cause de nullité lors même qu'elle aurait été exercée par un tiers, sans complicité de la partie, et dans le cas aussi où elle l'a été sur le conjoint du contractant, sur son descendant ou son ascendant;

au lieu que le dol n'est une cause de nullité qu'autant que les manœuvres ont été pratiquées par l'une des parties envers l'autre (ou qu'elle en a été complice), et que ces manœuvres ont été telles, qu'il est évident que, sans elles, la partie lésée n'aurait pas contracté (art. 1113 et 1116 combinés).

Si donc un héritier transige avec son cohéritier sur certaines affaires de la succession, et que, par ruse, par mensonge, il lui fasse croire des choses fausses, qui ont déterminé ce dernier à transiger, la transaction peut être rescindée pour cause de dol.

Mais dans ces cas de violence ou de dol, la partie lésée doit agir dans les dix cas à partir de la cessation de la violence ou de la découverte du dol, conformément à l'article 1304, sinon le vice serait purgé et la transaction aurait tout son effet. Elle l'aurait aussi, si la partie lésée l'avait exécutée volontairement depuis la cessation de la violence ou la découverte du dol (art. 1338).

Il est inutile de dire qu'il est nécessaire, pour que la transaction puisse être rescindée pour ces causes, que le fait de violence ou de dol soit clairement prouvé (1), et que la partie qui l'a commis ne peut pas elle-même demander la rescision pour cette cause (2). Le dol peut toutefois se dé.

---

(1) L. 35, Cod. *de Transact.*

(2) L. 30, Cod. *de Transact.*

montrer par les faits et circonstances de l'acte, par des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353). Et comme celui qui a transigé en connaissance de cause, et qui a peut être voulu faire une libéralité à l'autre partie, ne peut pas dire qu'il a été trompé, il suit de là qu'il ne peut alléguer le dol pour se dispenser d'exécuter la transaction (1), pourvu toutefois qu'il y eût matière à contestation : sinon ce serait un acte de libéralité pure, et dont les effets seraient déterminés d'après ce qui a été dit *suprà*, n° 396 et 397.

Un créancier qui, par une transaction faite avec son débiteur, et par laquelle il a fait remise à celui-ci de tout ou partie de la dette, ne serait pas écouté à venir dire, après la mort du débiteur, qu'il n'a fait cette remise qu'en considération de la promesse que lui avait faite ce débiteur, de l'instituer son héritier, ou de lui faire tel ou tel legs, promesse qui n'a point été remplie (2) : cette allégation, fût-elle prouvée, ne donnerait point lieu à la rescision de la transaction, parce qu'il n'était pas permis de traiter sur succession future (art. 1130), et par conséquent cette partie ne pourrait être reçue à venir dire qu'une telle promesse a été la cause de la remise de la dette.

428. Il y a également lieu, comme il a été dit

---

(1) L. 34, Cod. *hoc tit.*

(2) Même loi.

plus haut, à la rescision de la transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité (art. 2054).

Mais aussi, comme nous l'avons fait observer, pour que cette décision ne soit point en opposition avec celle de l'article 2052, portant que la transaction ne peut être attaquée pour cause d'erreur de droit, sans exiger pour cela que les parties aient traité expressément sur la nullité, il faut l'entendre des cas où la partie qui s'était engagée par le titre nul, et qui dans la transaction n'a point expressément traité sur la nullité, n'a ignoré cette nullité que par erreur de fait, et non par erreur de droit, autrement ce serait l'article 2052 qui serait applicable. Que si, par exemple, on a transigé sur un legs porté dans un testament nul par un vice de forme, un vice patent, que l'héritier, qui avait le testament sous les yeux, a pu facilement connaître; qu'il n'a pu ignorer que par ignorance du droit, la transaction l'oblige, quand bien même on n'aurait pas expressément traité sur la nullité du testament; mais que s'il a raisonnablement pu ignorer le vice, parce qu'un des témoins, par exemple, n'avait pas les qualités requises, la transaction sera nulle, si l'on n'a pas transigé expressément sur la nullité.

429. La transaction faite sur pièces qui depuis ont été reconnues fausses est entièrement nulle

(art. 2056) : en sorte que, quand bien même il y aurait des actes qui ne seraient point faux dans le nombre de ceux sur lesquels on a transigé, la transaction ne serait pas moins nulle, attendu que, dans une transaction, tout est corrélatif : on abandonne un point en considération d'un autre; les sacrifices sont généralement réciproques. A cet égard on ne suit pas, dans notre Droit, la décision de la L. 42, Cod. *de Transact.*, qui n'annulait la transaction que sur les chefs relatifs à la pièce fausse.

Mais si la transaction portait sur l'allégation de la fausseté des pièces, elle serait bonne quand bien même ce ne serait que depuis l'acte que le faux viendrait à être clairement établi (1); car si elle est nulle lorsqu'elle a eu lieu sur pièces qui *depuis* ont été reconnues fausses, c'est qu'alors elle était sans cause; il n'y avait en réalité rien de litigieux entre les parties; tandis que lorsqu'elle a lieu sur l'allégation de la fausseté des pièces, elle a une cause, puisque le point de savoir si les pièces étaient ou non fausses, était précisément la matière d'une contestation entre les parties.

On peut même transiger sur un faux certain, puisqu'on peut transiger sur l'intérêt civil résultant d'un délit (art. 2046). Les parties étant libres de disposer de leurs droits, la transaction a une cause suffisante; aussi l'articl 2056 ne dé-

---

(1) L. 42, *in fine*, Cod. *de Transact. précitée.*

clare-t-il nulle la transaction faite sur pièces fausses, qu'autant que les pièces ont été reconnues fausses *depuis* qu'elle a eu lieu. Toutefois, l'article 249 du Code de procédure civile veut qu'aucune transaction sur la poursuite du faux incident ne puisse être exécutée, si elle n'a été homologuée en justice, après avoir été communiquée au ministère public, lequel pourra faire à ce sujet telles réquisitions qu'il jugera à propos. Mais cela doit être entendu en ce sens, que la transaction ne pourra être exécutée en ce qui concerne l'intérêt public, avant d'être homologuée. Si donc, en vertu de cette transaction, on voulait empêcher l'instruction du faux, ou le jugement, ou faire faire la remise des pièces aux parties, aux témoins ou aux dépositaires, ou faire opérer leur suppression ou lacération, réformation ou rétablissement, on ne le pourrait qu'après l'homologation. Et s'il résultait des faits de la cause, des indices de faux ou de falsification, et que les auteurs du faux ou leurs complices fussent encore vivans, et la poursuite du crime non éteinte par la prescription, le président du tribunal civil délivrerait mandat d'amener contre les prévenus, et remplirait à cet égard les fonctions d'officier de police judiciaire (art. 239, *ibid.*). Mais si le ministère public croit qu'il n'y a pas de faux, ou que le crime est éteint par la mort de l'auteur et des complices, ou par la prescription, il consent l'homologation de la transaction, pourvu qu'elle ne lèse en rien l'in-

térêt public ou le droit des tiers ; car si la remise, suppression, lacération, radiation, réformation ou rétablissement des pièces, tendait à donner à l'une des parties un état ou un droit au préjudice d'un tiers, ou à altérer l'état ou le droit de celui-ci, il s'opposerait à l'homologation (1).

430. La transaction sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point connaissance, est nulle.

Si le jugement ignoré des parties était susceptible d'appel, la transaction serait valable (art. 2056).

Dans le premier cas, il n'y avait plus matière à transaction, puisqu'il n'y avait plus rien de douteux entre les parties quant à cet objet, bien qu'elles n'eussent pas connaissance du jugement; car leur ignorance à cet égard n'empêchait pas que le droit de l'une d'elles ne fût alors parfaitement certain. La transaction n'avait donc plus de cause, sauf ce que nous dirons plus bas sur le cas où elles auraient transigé dans la prévoyance que le jugement pourrait déjà avoir été rendu, mais sans savoir en faveur de laquelle des deux il l'a été, cas dans lequel la transaction serait valable comme contrat aléatoire.

Mais dans le second cas, le résultat définitif du procès étant encore incertain nonobstant le juge-

---

(1) *Voyez* Pigeau, *de la Procédure civile*, liv. II, part. II, tit. III, chap. I, art. 3, § 1.

ment de première instance, la transaction est valable.

Si, dans le cas où le jugement n'était pas susceptible d'appel, les parties, ou même seulement celle en faveur de laquelle le jugement a été rendu, en avaient connaissance au moment de l'acte, la transaction serait valable, parce que cette partie évidemment aurait transigé pour l'acquit de sa conscience, ce qui était une cause bien suffisante. En sorte que quand bien même il n'y aurait pas eu matière à cassation ou à requête civile, la transaction serait valable; l'article ne laisse aucun doute à cet égard. A plus forte raison serait-elle valable dans le cas où le jugement était susceptible d'être réformé par l'une ou l'autre de ces voies, quand bien même elle serait intervenue avant le pourvoi en cassation ou la demande en rétractation du jugement par requête civile, et quand bien même aussi les parties n'en auraient pas fait mention dans la transaction. Mais si c'était seulement celle qui a perdu le procès qui eût connaissance du jugement, comme elle serait en fraude, elle ne pourrait se prévaloir de la transaction. Si elle l'opposait sur l'exécution du jugement, elle serait repoussée par l'exception de nullité tirée de sa mauvaise foi; et l'autre partie pourrait prouver par tous les moyens de droit, même par témoins sans commencement de preuve par écrit, que son adversaire avait, au moment de la transaction,

connaissance du jugement qui le condamnait; car il ne tenait pas à elle d'avoir une preuve écrite de ce fait. C'est d'après cette distinction qu'il faut entendre ces mots de l'article : « Dont « les parties *ou l'une d'elles* n'avaient pas con- « naissance. » En supposant que le jugement fût susceptible d'appel, parce qu'il était rendu en premier ressort seulement et que les délais de l'appel n'étaient point encore expirés au temps de la transaction, mais que le jugement était connu de la partie condamnée et ignoré de l'autre partie, s'élève la question de savoir si la transaction peut être attaquée par cette dernière partie, sur le fondement de la mauvaise foi de l'autre, contre laquelle existait déjà un jugement qu'elle a dissimulé? La seconde disposition de notre article décide bien que si le jugement était susceptible d'appel, la transaction est valable, mais elle statue dans l'hypothèse d'un jugement ignoré *des parties*, au lieu que, dans l'espèce, il n'était point ignoré *des parties*, il ne l'était que de l'une d'elles seulement, et de celle qui, si elle l'eût connu, n'aurait peut-être pas transigé, supposition d'autant mieux fondée, que l'autre partie a cru devoir le dissimuler. Cette disposition n'est donc point du tout décisive en faveur de la validité de la transaction, et la mauvaise foi de la partie condamnée par ce jugement paraît une raison suffisante pour qu'on doive considérer cette transaction comme nulle, sur la demande de l'autre partie, nonobs-

tant la chance résultant de la faculté d'appeler, qui existait au temps de l'acte, sauf à l'autre partie à user de cette faculté, et dans les délais de droit, qui ne commenceraient à courir que du jour de la signification qui lui serait faite du jugement, à personne ou domicile.

431. Il est de principe que la faculté du pourvoi en cassation n'ôte pas aux jugemens en dernier ressort l'autorité de la chose jugée : c'était la disposition de l'art. 5 du titre 27 de l'ordonnance de 1667; aussi le pourvoi n'est-il suspensif que dans les matières criminelles, sauf quelques cas, très-rares, où la loi en a autrement ordonné en matière civile (1); au lieu que l'appel suspend l'exécution des jugemens en premier ressort, et leur ôte par conséquent l'autorité de la chose jugée tant qu'ils ne sont pas confirmés sur l'appel.

La voie de requête civile n'ôte pas non plus aux jugemens ou arrêts l'autorité de la chose jugée : ce n'est même qu'à l'égard de ces jugemens et arrêts que cette voie peut être employée (art. 480, Cod. de procéd.). Et comme l'article 2056 annule la transaction lorsqu'elle a eu lieu sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée, dont les parties ou l'une d'elles n'avaient point alors connais-

---

(1) Comme dans le cas prévu à l'article 265 du Code civil.

sance, il suit de là que la transaction ne serait pas moins nulle, dans l'intérêt de celui qui a obtenu le jugement et qui l'ignorait, quand bien même l'autre partie aurait contre ce jugement la voie du recours en cassation ou de la requête civile; sauf à cette partie à employer ces voies contre le jugement. Le Code ne décide le contraire que pour le cas où le jugement, ignoré des parties au moment de la transaction, était susceptible d'appel, c'est-à-dire pour le cas où le jugement n'était point encore passé en force de chose jugée; or, dans l'espèce, il était passé en force de chose jugée, soit parce qu'il avait été rendu en dernier ressort, soit parce que, ayant été rendu en premier ressort, les délais de l'appel se trouvaient expirés au temps de la transaction, soit enfin parce que c'était un arrêt d'appel. En vain la partie condamnée, et qui voudrait le maintien de la transaction, parce qu'elle l'obligerait à payer moins que le jugement, soutiendrait-elle que cet acte doit être valable, attendu la chance que lui offrait le droit de se pourvoir en cassation, ou de faire rétracter le jugement ou l'arrêt par requête civile, et conséquemment qu'elle a traité sur un objet encore douteux; elle ne serait pas écoutée : pour qu'elle le fût, il aurait fallu que celui qui a obtenu le jugement *passé en force de chose jugée*, en eût eu connaissance au moment de la transaction, et que cela fût prouvé, soit par l'acte lui-même, soit d'une

autre manière ; alors, en effet, traitant en connaissance de cause, la transaction serait très-bonne. Le moyen d'appel a été pris en considération par le Code, pour le maintien de la transaction, parce que c'est vraiment sur l'appel que le procès est jugé, et la faculté d'appeler étant réglée d'après la somme qui a été l'objet de la demande en première instance, c'est un point qui ne présente généralement pas de difficulté ; en sorte que s'il y avait contestation sur la validité de la transaction, le tribunal de première instance qui, suivant les règles de la procédure, serait appelé à en connaître, pourrait facilement la décider ; au lieu que ce tribunal serait incompétent pour décider si effectivement la partie qui veut le maintien de la transaction, avait, comme elle le prétend, quelque moyen extraordinaire pour faire réformer le jugement : il le serait bien évidemment surtout si c'était un arrêt de Cour royale, soit que le moyen invoqué fût la requête civile, soit que ce fût un moyen de cassation. Ces considérations expliquent donc suffisamment pourquoi l'art 2056, dans le cas qu'il prévoit, ne déclare valable la transaction qu'autant que le jugement serait susceptible d'appel, et ne dit point la même chose des cas où il serait susceptible d'être attaqué par voie de recours en cassation, ou par voie de requête civile. Par conséquent, la transaction est nulle, dans ces mêmes cas, en faveur de celui qui avait obtenu le jugement et

qui en ignorait l'existence au moment de la transaction, encore que l'autre partie l'eût également ignoré.

432. Au reste, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, la transaction intervenue même sur un procès qui se trouvait décidé par un jugement passé en force de chose jugée, nullement susceptible d'être réformé par une voie quelconque, et ignoré des deux parties, serait incontestablement valable, si elle était faite dans la prévoyance du gain du procès par l'une ou l'autre; car elles auraient traité sur quelque chose d'incertain pour elles au moment de la transaction : elles auraient par là formé un contrat aléatoire. L'article 2056, en prononçant la nullité de la transaction, dans sa première disposition, ne suppose pas que les parties ont traité dans la prévoyance de l'existence du jugement, mais bien dans l'ignorance de ce jugement (1),

La transaction serait pareillement bonne si, bien qu'intervenue sur un jugement réellement passé en chose de force jugée, elle avait eu lieu sur une contestation élevée sur le point de savoir si effectivement ce jugement avait ou non la force

(1) Il a été jugé, par arrêt de cassation, du 16 prairial an XII (Sirey, 7-1-1230), qu'une transaction intervenue sur une contestation alors décidée par un jugement en dernier ressort, mais en connaissance de cause, était très-valable.

de la chose jugée, car ce serait là aussi la matière d'une contestation, et par conséquent d'une transaction.

Voyez, sur l'un et l'autre point, la L. 23, § 1, *vers. quid ergò*, ff., *de Condict. indeb.*

433. Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus, et qui auraient été postérieurement découverts, ne sont point une cause de rescision, à moins qu'ils n'aient été retenus par le fait de l'une des parties (art. 2057).

Dans ce cas, la partie qui a retenu des titres appartenant à l'autre ne pourrait pas, pour éviter la rescision de la transaction, offrir de payer ce qu'elle pourrait devoir à raison de ces mêmes titres : sa mauvaise foi la rendrait non recevable. D'ailleurs, peut-être que l'autre partie n'aurait pas transigé du tout si elle eût connu ces mêmes titres, ou ne l'aurait pas fait aux mêmes conditions. Mais, en sens inverse, la partie dont les titres ont été retenus par l'autre, pourrait fort bien, en certains cas, prétendre au maintien de la transaction et réclamer en même temps les droits que lui donneraient les titres retenus et découverts : ce serait surtout lorsque ces titres s'appliqueraient à des objets qui n'auraient pas été nomminativement compris dans la transaction.

Le délai pour agir en rescision de la transac-

tion, dans ce cas, est de dix ans, à compter de la découverte du dol de la partie qui a retenu les pièces de l'autre, conformément à l'article 1304. Mais il faut bien remarquer que le Code n'exige pas, pour qu'il y ait lieu à la rescision, qu'il y ait preuve par écrit du jour où ont été découvertes les pièces retenues par l'une des parties, ainsi que l'article 488 du Code de procédure l'exige pour que la requête civile, fondée sur cette cause, puisse être exercée après le délai ordinaire de trois mois de la signification, à personne ou domicile, du jugement attaqué; sauf toutefois au demandeur en rescision, s'il agissait après les dix ans depuis la transaction, à prouver, mais par tous moyens de droit, qu'il n'a découvert les pièces que depuis moins de dix ans, et en conséquence qu'il est encore dans le délai utile pour agir. C'est ce que nous avons démontré au tome XIII, n° 536.

Si la transaction n'avait qu'un objet sur lequel il serait constaté par des titres nouvellement découverts que l'une des parties n'avait aucun droit, elle serait nulle (art. 2057), comme faite sans cause ou sur une fausse cause.

Tel serait le cas où un héritier grevé d'un legs par un testament, transigerait avec le légataire, et que postérieurement à la transaction, il serait découvert un nouveau testament qui révoquerait le premier ou le legs en question. Tel serait aussi le cas où un héritier transigerait sur la dette du

défunt, et que postérieurement, il viendrait à découvrir une quittance qui libérait le défunt, ou un acte portant remise de la dette; etc., etc.

434. L'erreur de calcul dans une transaction ne donne pas lieu à la rescision de la transaction, mais elle doit être réparée (art. 2058).

TITRE XVI.

De la Contrainte par corps.

Définition de la contrainte par corps, et observations préliminaires.

SOMMAIRE.

435. *La contrainte par corps est une voie d'exécution, et non une peine.*
436. *La loi s'est déterminée à l'établir par différens motifs, et il n'est pas permis de l'appliquer hors des cas prévus par elle.*
437. *Elle doit être demandée, et non appliquée d'office.*
438. *En quelles matières a lieu ou peut avoir lieu la contrainte par corps.*

435. La contrainte par corps est, non pas à proprement parler une peine, mais une voie rigoureuse d'exécution, qui consiste dans l'emprisonnement d'une personne qui ne satisfait point à son obligation; et, pour cette raison, les

règles qui la régissent en matière civile ordinaire auraient peut-être été mieux placées au Code de procédure que dans le Code civil, d'autant mieux qu'on n'aperçoit guère comment la contrainte par corps peut faire partie du troisième livre de ce Code, intitulé *des Manières d'acquérir la Propriété.*

436. La loi s'est déterminée à l'établir par différens motifs : tantôt en raison de l'extrême défaveur que méritent ceux qu'elle y a soumis, coupables de violence ou de dol; tantôt pour assurer plus pleinement l'exécution de certaines obligations, comme un nerf plus fort que les simples voies d'exécution sur les biens; et tantôt enfin pour contraindre plus efficacement à obéir aux mandemens de la justice en certains cas. Mais comme c'est une voie rigoureuse, une atteinte à la liberté des personnes, il n'est pas permis de l'exercer hors des cas formellement exprimés par la loi, et les tribunaux ne peuvent l'ordonner que dans ces mêmes cas, et dans ceux où elle leur laisse la faculté de la prononcer (art. 2063), suivant ce qui sera expliqué plus bas. Le consentement même du débiteur à se soumettre à cette contrainte, est sans effet hors des cas où la loi, par une disposition spéciale, autorisait cette soumission.

437. Et dans aucun cas, suivant nous, le tribunal ne doit prononcer d'office la contrainte; il faut que le demandeur prenne des conclusions à

cet égard. Si le tribunal la prononçait sans que le demandeur y eût conclu, il commettrait un *ultrà petita*. Comment, en effet, le défendeur pourrait-il se défendre de la contrainte, si on ne la demande pas contre lui, quand cependant, peut-être, il ne serait point dans le cas de la subir? Le tribunal s'exposerait ainsi à la prononcer mal à propos, en l'ordonnant d'office. Le silence du demandeur n'est-il pas d'ailleurs une présomption qu'il n'entend point se prévaloir de la contrainte? Ce n'est pas dans une matière aussi rigoureuse, que les tribunaux doivent suppléer d'office au silence du demandeur. Cette décision ne saurait être douteuse dans les cas où la loi n'établit pas elle-même la contrainte, mais permet seulement aux tribunaux de la prononcer; mais même on doit encore le décider ainsi dans ceux où la loi l'établit elle-même; car il faut toujours que le défendeur ait le moyen de démontrer qu'il n'est pas dans un de ces cas; or, cela lui est impossible, si on ne lui parle pas de la contrainte.

438. Le Code civil, comme on le sent bien, ne s'occupe de la contrainte par corps que dans les matières civiles ordinaires, et même ses dispositions à ce sujet n'embrassent pas tous les cas; elles sont complétées par celles du Code de procédure, qui règle aussi la manière de l'exercer; mais cette voie d'exécution s'applique à d'autres matières, car elle s'applique aussi :

1° En matière de commerce,

2° En matière criminelle, correctionnelle et de simple police;

3° En matière de deniers et effets mobiliers publics;

4° Enfin contre les étrangers.

Les principes qui la régissent diffèrent selon qu'il s'agit de l'appliquer à l'une ou à l'autre de ces matières. A cet égard, la loi du 17 avril 1832 établit les régles à suivre. Nous en rapporterons les principales dispositions, pour présenter un système complet sur ce sujet important, en les plaçant toutefois suivant l'ordre de distribution que nous allons adopter.

CHAPITRE Ier.

De la contrainte par corps en matière civile ordinaire (1).

SOMMAIRE.

439. *Division de ce chapitre.*

439. Il y a à voir sur ce point,

1° Les causes en vertu desquelles a lieu ou peut avoir lieu la contrainte par corps;

---

(1) Nous employons ce mot par opposition aux matières commerciales, qui sont aussi des matières civiles, et surtout par opposition la matière de deniers et effets mobiliers publics, dont nous parlerons plus bas.

2° Les causes qui font obstacle à cette contrainte, et des divers adoucissemens apportés à son exercice ;

3° Les règles particulières relatives à l'exécution de la contrainte par corps.

SECTION I.

Des causes en vertu desquelles a lieu ou peut avoir lieu la contraite par corps en matière civile ordinaire.

SOMMAIRE.

440. *La contrainte par corps en matière civile ordinaire est tantôt ordonnée par la loi, et tantôt laissée à la sagesse des tribunaux.*

441. *Elle ne peut être appliquée qu'en vertu de jugement; renvoi.*

440. La contrainte par corps en matière civile ordinaire a lieu tantôt en vertu d'une disposition spéciale de la loi, qui commande aux tribunaux de la prononcer contre ceux qui se trouvent placés dans un des cas prévus par elle ; tantôt elle a lieu en vertu du pouvoir discrétionnaire que la loi a laissé aux tribunaux de la prononcer en certains cas; enfin en quelques autres, il est permis aux parties elles-mêmes d'en convenir : en sorte que, dans ces derniers cas, ainsi que dans les premiers, les juges ne peuvent se dispenser de la prononcer, parce qu'ils ne sont que les organes de la loi qui la prononce elle-même, ou qui a

permis de la stipuler ; au lieu que dans les autres cas, c'est seulement une faculté, un pouvoir discrétionnaire qu'elle a entendu leur conférer. D'où il suit que, dans ceux-ci, leur jugement pourrait bien être reformé en appel, comme un *mal jugé*, soit qu'il prononçât ou non la contrainte, mais il ne saurait être censuré par la Cour suprême ; tandis que dans ceux-là, il contiendrait une violation de la loi, s'il avait rejeté les conclusions du demandeur tendant à la contrainte, et par conséquent il serait susceptible de cassation.

441. Mais dans toutes les hypothèses, elle ne peut toujours être appliquée qu'en vertu d'un jugement (art. 2067). Nous reviendrons sur ce point.

§ I.

Des cas où la loi prononce elle-même la contrainte par corps en matière civile ordinaire.

SOMMAIRE.

442. *La contrainte par corps a lieu pour le cas de stellionat : dans quel cas il y a stellionat.*

443. *Il n'y a pas stellionat par cela seul que celui qui hypothèque un immeuble garde le silence sur les hypothèques dont il le sait grevé, sauf le cas du mari ou du tuteur.*

444. *Ni par cela seul qu'en vendant un immeuble on ne déclare pas les hypothèques dont on le sait grevé, quand bien même ce serait un mari ou un tuteur.*

442. La contrainte par corps a lieu en matière civile ordinaire :

1°. Pour le cas de stellionat : et il y a stellionat,

1° Lorsqu'on vend ou qu'on hypothèque un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire;

2° Ou lorsqu'on présente comme libres des biens hypothéqués, ou qu'on déclare des hypothèques moindres que celles dont ces biens sont chargés (art. 2059).

La mauvaise foi du débiteur le rend indigne d'indulgence : aussi faut-il entendre la dernière disposition de l'article, du cas où celui qui a présenté comme libres des biens hypothéqués, ou a déclaré des hypothèques moindres que celles qui existaient, connaissait l'existence de ces hypothèques; car s'il les ignorait, ce qui est fort possible en plusieurs circonstances, soit parce que ce serait une hypothèque légale non inscrite venant du chef d'un précédent propriétaire, ou une hypothèque ordinaire, qu'on a aujourd'hui le droit d'inscrire dans la quinzaine de la transcription du contrat de l'acquéreur, en vertu de l'article 834 du Code de procédure, il est clair qu'il ne serait point stellionataire, puisqu'il ne serait point de mauvaise foi (1).

443. Et comme il n'est pas permis d'étendre les dispositions de la loi en cette matière, on ne devrait pas non plus regarder comme stelliona-

---

(1) Ainsi jugé plusieurs fois, notamment par la Cour de Paris, le 8 février 1813 (Sirey, 1813-2-268), et par la Cour de Toulouse, le 16 janvier 1829 (Sirey, 1829-2-201).

taire celui qui, en hypothéquant un immeuble, se bornerait à garder le silence sur les hypothèques dont il serait grevé, et dont il aurait connaissance, sauf ce qui est dit à l'article 2136 pour le cas où le mari ou le tuteur, qui, ayant manqué de faire faire l'inscription ordonnée par la loi, ont consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques sur leurs immeubles, sans déclarer expressément que lesdits immeubles étaient affectés à l'hypothèque légale de la femme ou du mineur : ce qui les fait réputer stellionataires.

Et remarquez qu'il faut, pour que le mari ou le tuteur soit réputé stellionataire, qu'il n'ait pas fait faire l'inscription de l'hypothèque légale sur l'immeuble qu'il hypothèque à un tiers ; car si cette inscription existait, le silence qu'il aurait gardé sur cette hypothèque ne suffirait point, aux termes même de l'article 2136, pour qu'il fût réputé stellionataire; il faudrait, de plus, pour qu'il fût tel, qu'il eût présenté l'immeuble comme libre, ou qu'il eût déclaré des hypothèques moindres que celles qui existaient : alors il serait dans le cas littéralement prévu à l'article 2059.

444. Par l'effet du même principe, on ne peut regarder comme stellionataire celui qui vend un immeuble à lui appartenant sans déclarer à l'acquéreur les hypothèques dont il est grevé, encore qu'il en ait connaissance, et quand bien même il aurait touché le prix de vente en se renfermant

dans la même dissimulation. Il n'est en effet dans aucun des cas prévus à l'article 2059; car autre chose est de vendre un immeuble hypothéqué sans déclarer les hypothèques, quoiqu'on les connaisse, autre chose est de vendre ou d'hypothéquer un immeuble dont on sait n'être pas propriétaire, ou de présenter comme libres des biens hypothéqués, ou de déclarer des hypothèques moindres que celles qui existent (1). Et quand bien même ce serait un mari ou un tuteur, et qu'il n'aurait point pris l'inscription commandée par la loi, il ne serait pas non plus réputé stellionataire, puisque l'article 2136 ne répute tel que le mari ou le tuteur qui, ayant manqué de requérir et de faire faire l'inscription ordonnée par la loi, *a consenti ou laissé prendre des priviléges ou hypothèques, sans déclarer l'hypothèque de la femme ou du mineur,* et non le mari ou le tuteur qui vend un immeuble sans faire cette déclaration. La publicité de notre système hypothécaire, et la faculté qu'a l'acheteur de l'immeuble de ne payer qu'après avoir rempli les formalités de la purge (art. 1653), n'ont pas dû permettre, en effet, de considérer le vendeur, dans ces cas, comme aussi digne de rigueur que dans ceux prévus aux articles 2059 et 2136, malgré sa dissimulation, puisqu'elle a des conséquences généralement moins dangereuses pour l'acheteur.

---

(1) Voyez en ce sens l'arrêt de la Cour d'Aix, du 5 janvier 1813 (Sirey, 1813-2-261).

445. Mais celui qui, mari, tuteur ou autre, vend un immeuble en le déclarant libre d'hypothèque, tandis qu'il en est grevé, et qu'il les connaît, est stellionataire, d'après l'article 2059; car il est vrai de dire, dans ce cas, *qu'il a présenté comme libre* un immeuble qai était hypothéqué; or, cet article ne distingue pas la présentation de l'immeuble à la vente comme libre d'hypothèque, de la présentation à l'hypothèque, et c'est avec raison, puisque l'acheteur peut payer comptant tout ou partie du prix, qu'il paie nécessairement les frais et loyaux coûts du contrat, et qu'ainsi il est tout aussi bien exposé à perdre, par suite de la mauvaise foi du vendeur, que le serait un prêteur de deniers à qui l'on présenterait comme libre un immeuble grevé d'hypothèque.

446. Mais *quid* du cas où celui qui *échange* un immeuble contre un autre, sait que cet immeuble ne lui appartient pas? L'article 2059 ne parle pas de celui qui échange un immeuble qu'il sait ne pas lui appartenir, mais de celui qui le vend ou l'hypothèque, et en cette matière, toute de rigueur, il n'y a pas lieu à procéder par voie d'analogie d'un cas à l'autre; sauf au tribunal, en cas d'éviction, à prononcer, s'il l'estime convenable, la contrainte par corps pour dommages-intérêts au-dessus de 300 francs, en vertu de l'article 126 du Code de procédure. Mais dans l'espèce, nous ne pensons pas qu'il soit rigoureusement tenu de

la prononcer, ainsi qu'il le devrait s'il s'agissait d'une vente. D'ailleurs, l'éviction, dans le cas d'échange, a des conséquences généralement moins graves pour l'échangiste, qu'elle n'en a pour un acheteur, car il peut répéter l'immeuble qu'il a donné en contre échange (art. 1705), au lieu qu'un acheteur évincé est exposé à perdre, par suite de l'insolvabilité du vendeur, le prix qu'il a payé. Cette importante différence a donc pu déterminer les rédacteurs du Code à ne pas assimiler, relativement au stellionat, le cas d'échange a celui de vente. Du moins il n'en est pas parlé, et leur silence doit être interprété favorablement, surtout en présence de l'article 2063, portant que, hors les cas *déterminés* par les articles précédens...., il est défendu à tous juges de prononcer la contrainte par corps. Peu importe que, suivant l'article 1707, les règles sur le contrat de vente, autres que celles qui sont expliquées dans les articles précédens, soient applicables au contrat d'échange; on entend par là les règles du contrat de vente, et non celles qui sont relatives à la contrainte par corps, qui forme une tout autre matière (1).

---

(1) Néanmoins, dans le cas où un individu avait échangé un immeuble contre un autre, sachant qu'il n'en était propriétaire que pour les quatre cinquièmes seulement, la Cour de Lyon, se fondant sur les articles 1599 et 2059, a prononcé, sur la demande de l'autre partie, la résiliation du contrat, avec condamnation à 3,000 fr. de dommages-intérêts, et *par corps*, pour cause de stellionat; et il est même à re-

447. Dans le cas même où un immeuble a été vendu comme franc d'hypothèques, et que cependant il en était grevé et qui étaient connues du vendeur, celui-ci ne doit pas être contraint par corps comme stellionataire, si les hypothèques sont éteintes par paiement ou autrement : seulement il doit, à peine de dommages-intérêts, rapporter à l'acheteur la main-levée des inscriptions (1). Par la même raison, un débiteur ne serait point contraignable par corps comme stellionataire, pour avoir déclaré sciemment des hypothèques moindres que celles qui existaient réellement, s'il a obtenu la radiation de celles qu'il n'avait pas déclarées. Ni l'un ni l'autre, en effet, n'ont causé, par leur fausse déclaration, de tort à celui avec lequel ils ont traité. Par l'événement, cette déclaration mensongère est indifférente.

448. Mais on a jugé que celui qui avait hypothéqué sciemment un immeuble de peu de valeur appartenant à autrui, avec d'autres immeubles d'une très-grande valeur et lui appartenant, n'a

---

marquer que, dans l'espèce, le défendeur, *depuis la demande,* avait pris des arrangemens avec son copropriétaire, en sorte que tout danger d'éviction avait cessé ; et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, le 16 janvier 1810 (Sirey, 1810-1-204). Mais tel n'est pas notre avis relativement à la contrainte de droit.

(1) Ainsi jugé à Lyon, et avec beaucoup de raison, le 5 avril 1827, (Sirey, 1827-2-203.)

La même chose avait été jugée par la Cour de Turin, le 28 avril 1808 (Sirey, 1812-2-202).

pu se garantir de la contrainte par corps, même en offrant au créancier de lui payer la valeur de l'immeuble dont il n'était point propriétaire; et, de plus, qu'il n'était pas seulement contraignable par corps pour la valeur de cet immeuble, mais bien pour toute la créance. Arrêt de la Cour de Rouen, du... confirmé en cassation, par arrêt du 19 juin 1816 (1). Mais, il faut le dire, la décision, dans l'espèce, a été bien rigoureuse, car il s'agissait d'une maison d'une valeur de trois mille francs seulement, vendue par le débiteur depuis deux ans, et hypothéquée avec d'autres biens d'une valeur de 200,000 fr., et pour une créance seulement de 60,000 fr. On s'est fondé sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, et sur ce que l'article 2059, en accordant la contrainte par corps pour stellionat en matière d'hypothèque, a eu pour but de réprimer ce délit, en donnant au créancier cette garantie pour sûreté de la dette et de la foi promise; d'où il suit, a-t-on dit, que dès qu'il y a stellionat, soit pour le total, soit pour partie seulement de la chose hypothéquée, la contrainte par corps est acquise pour la totalité de la dette, et ne peut être restreinte à la valeur de l'objet illégalement hypothéqué. Cette décision, nous le répétons, est infiniment rigoureuse, pour ne rien dire de plus.

---

(1) Sirey, 1817-1-32.

En l'admettant, il résulte de là que, si une veuve commune en biens engage, comme lui appartenant en propre, les biens de la communauté encore indivis entre elle et les héritiers de son mari, elle est stellionataire dans le cas où, par l'événement du partage, ces biens, ou quelques-uns d'entre eux, viennent à tomber au lot de ces mêmes héritiers (1).

Et même avant le partage, elle peut aussi être poursuivie comme stellionataire, puisqu'elle n'est propriétaire que d'une partie seulement des biens hypothéqués, et que par l'événement du partage il peut arriver qu'elle n'en ait qu'une partie, et même pas du tout.

449. Mais *quid* de celui qui, en hypothéquant un immeuble, déclare des hypothèques moindres que celles qui existent, dans un cas où l'immeuble présentait alors une valeur plus que suffisante pour le paiement de toutes les dettes hypothécaires y compris la nouvelle? La loi 36, § 1, ff. *de Pignorat. act.* décide qu'il n'y a pas stellionat, parce qu'il faut, pour qu'il existe, dit cette loi, le concours de la double circonstance, de la mauvaise foi du débiteur et d'un préjudice éprouvé par le créancier; et Domat donnait la même décision, en la fondant sur le même motif. Il est

(1) Voyez l'arrêt de la Cour de Colmar, du 31 mai 1820 (Sirey, 1821-2-181.)

même fort possible, dans l'espèce, que le débiteur n'ait pas eu l'intention de tromper le créancier, ayant la certitude que l'immeuble suffirait amplement au paiement de toutes les dettes hypothécaires, mais cependant dissimulant une de ces dettes, parce que beaucoup de personnes ne veulent prêter que sur première hypothèque.

M. Delvincourt regardait comme applicable aussi sous le Code, la décision de la loi romaine, surtout, dit-il, dans le cas où il s'agirait d'un fonds de terre, dont la valeur ne peut diminuer d'une manière considérable; mais que si l'objet était une maison, comme il serait possible qu'elle vînt à éprouver de grandes dégradations, et même à être détruite par incendie, le créancier pourrait prétendre qu'il n'a prêté que parce qu'il était le premier hypothécaire, et que dans ce cas il aurait eu le sol pour gage; enfin, cet auteur pensait que, même alors, la question rentre entièrement dans le domaine du juge.

Nous pensons, au contraire, qu'elle est formellement décidée contre le débiteur par l'article 2059; car il n'est pas indifférent d'être le second ou le premier en ordre d'hypothèque. Dans l'espèce jugée par la Cour de Rouen, et ensuite par la Cour de cassation, c'était bien le cas d'accueillir l'exception du débiteur, puisqu'il offrait de payer la valeur de l'immeuble hypothéqué à sa dette et qui ne lui appartenait pas, immeuble qui n'était que d'une valeur de 3,000 f.

seulement, compris dans une hypothèque frappant 200,000 fr. de biens, et pour une créance seulement de 60,000 fr.; et néanmoins cette exception a été rejetée. Si nous décidons nous-mêmes le contraire, et avec la jurisprudence, dans le cas où le débiteur rapporte la main levée des hypothèques qu'il avait dissimulées, c'est qu'en effet, dans ce cas, il ne reste au créancier aucun prétexte de se plaindre; mais dans l'espèce en question, la main levée de l'hypothèque dissimulée n'est pas rapportée, et elle prime celle du créancier; qu'on la lui rapporte, et il n'aura en effet plus le droit de conclure à la contrainte par corps. Ajoutez qu'aux termes des articles 2104 et 2105, tous les créanciers privilégiés de l'art. 2101 sont payés par préférence aux creanciers ayant même privilége sur l'immeuble, et par conséquent par préférence aux créanciers simplement hypothécaires, lesquels sont eux-mêmes primés par les privilégiés (art. 2095); or, le débiteur le savait ou devait le savoir, et en dissimulant des hypothèques qui doivent primer son créancier, il a dû penser qu'il exposait celui-ci à éprouver un préjudice, par suite non-seulement de la préférence de ces hypothèques, mais encore de celle accordée à tous les créanciers de l'article 2101.

450. Il résulte évidemment de notre article 2059 qu'il n'y a jamais stellionat en matière de

meubles, bien que celui qui a acheté un meuble volé ou perdu soit exposé à l'action en revendication pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, sans même avoir le droit de se faire rembourser le prix de l'achat par le propriétaire, s'il n'a pas acheté le meuble dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un individu vendant des choses pareilles; sauf son recours contre celui de qui il l'a reçu (art. 2279 et 2280 combinés). On n'a pas voulu multiplier trop les cas de stellionat.

451. Sous le Code *des Délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, on a jugé que le stellionat ne pouvait être poursuivi par voie de police correctionnelle (1); et cependant les dispositions de ce Code, un peu vagues à cet égard, pouvaient laisser quelqu'incertitude. Mais sous le Code pénal actuel, qui, par son article 405, définit avec plus de clarté le délit *d'escroquerie*, dont aucun des caractères ne convient au stellionat, il est certain que ce fait ne peut être jugé que par les tribunaux civils, lesquels, s'il est établi, doivent prononcer la contrainte par corps, si toutefois encore la somme s'élève au moins à trois cents francs, ainsi que nous l'expliquerons

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 2 mars 1809. *Journal de Jurisprudence du Code civil*, tome XIII, pag. 91.

plus bas. En sorte qu'on ne peut pas regarder le stellionat comme un *délit* proprement dit, puisqu'il n'entraîne aucune peine, mais seulement la contrainte par corps, qui n'est pas une *peine*, qui n'est qu'une *voie d'exécution*, et dont on s'affranchit par le paiement de la dette.

452. Le second cas où la loi elle-même ordonne la contrainte par corps en matière civile ordinaire, est celui *du dépôt nécessaire* (art. 2060). On a cru devoir donner cette garantie à celui qui est obligé de faire un dépôt dans une circonstance malheureuse, où il n'est pas en son pouvoir de choisir le dépositaire.

453. Et l'on assimile à ce dépôt celui des effets apportés par le voyageur dans une auberge ou hôtellerie (art. 1952); et les voituriers par terre et par eau sont assujettis, pour la garde et la conservation des choses qui leur sont confiées, aux mêmes obligations que les aubergistes, dont il est parlé au titre *du Dépôt et du séquestre* (art. 1782). Les uns et les autres sont donc contraignables par corps comme des dépositaires nécessaires : la conséquence est irrécusable.

454. Comme, d'après l'article 1945, placé sous une des sections *du depôt volontaire*, le dépositaire *infidèle* n'est point admis au bénéfice de cession, il est clair qu'il est par cela même contraignable *par corps*, comme le dépositaire nécessaire, puis-

que le bénéfice de cession a pour objet de libérer de cette contrainte (art. 1270). Nous avons déjà donné des explications sur ce point, *suprà*, n° 69, et au tome XII, n° 271, où nous faisons observer, de plus, qu'il serait bien rigoureux, malgré la généralité de la disposition de l'article 2060-1°, de prononcer la contrainte par corps contre le dépositaire nécessaire, dans le cas où il serait personnellement étranger au fait de soustraction, de perte ou de dégradation de la chose déposée, et où cependant il serait civilement responsable, parce que le fait aurait eu lieu par quelque personne de sa maison; mais que s'il y a eu faute de sa part dans la perte ou la détérioration des choses déposées, parce qu'il n'a pas assez surveillé les personnes de sa maison qui les ont détournées ou détériorées, il est contraignable par corps, quand bien même il n'aurait commis aucune fraude ou infidélité proprement dite : autrement il n'y aurait, sous le rapport de la contrainte par corps, aucune différence entre lui et le dépositaire ordinaire, tandis qu'évidemment le Code en a voulu établir une, puisqu'il ne prononce textuellement la contrainte que dans le cas *du dépôt nécessaire.* Si donc le dépositaire ordinaire a seulement commis quelque faute ou négligence qui le rende responsable de la perte ou de la détérioration de la chose déposée, et non point d'infidélité, il n'est pas contraignable par corps d'après le Code civil; seu-

lement le tribunal, en vertu de la disposition générale de l'article 126 du Code de procédure, peut prononcer contre lui la contrainte pour dommages-intérêts au-dessus de trois cents francs ; mais il n'est point tenu de le faire, et généralement même il ne doit pas le faire, à moins que la faute reprochée au dépositaire ne soit très-grave.

455. Le troisième cas est celui de réintégrande, pour le délaissement, ordonné par justice, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait; pour la restitution des fruits qui ont été perçus pendant l'indue possession, et pour le paiement des dommages-intérêts adjugés au propriétaire (art. 2059).

La réintégrande est le nom spécial de l'action possessoire accordée à celui qui a été dépossédé d'un fonds par voies de fait ou violence, soit qu'il fût propriétaire ou simplement possesseur (art. 23, Cod. de procéd.) : aussi ces expressions, *dont le propriétaire*, etc., doivent être entendues dans un sens simplement explicatif : il ne s'agit ici que *du possessoire* et non *du pétitoire*, cas réglé par l'article 2061 ; et celui qui est jugé possesseur régulier est considéré comme propriétaire tant qu'un jugement rendu au pétitoire, un jugement sur revendication, n'en a autrement décidé. Et, dans ce cas, ce jugement ne peut être rendu qu'après celui qui a statué sur le pos-

sessoire, puisque le pétitoire et le possessoire ne peuvent jamais être cumulé (art. 25, Cod. de procéd.), et que le défendeur au possessoire ne peut même être reçu à se pourvoir au pétitoire qu'après avoir pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui au possessoire (art. 27, *ibid.*).

Mais quel est le juge qui prononce la contrainte par corps dans ce cas? C'est évidemment le juge de paix, puisqu'il s'agit d'une action possessoire, et que depuis la loi du 24 août 1790, qui a institué la juridiction des juges de paix, les actions possessoires sont dans les attributions de ces juges (ce qui a été confirmé par le Code de procédure, articles 3, 23 et suivans), sauf l'appel aux tribunaux de première instance. Ces tribunaux eux-mêmes ne connaissent point au premier degré de ces sortes d'actions, et c'est par le jugement même qui statue sur la réintégrande que la contrainte par corps doit être prononcée, à la différence du cas prévu à l'article 2061, où le jugement a été rendu au pétitoire, sur une action en revendication, et où ce n'est qu'au refus, par la partie condamnée, de désemparer le fonds dans la quinzaine de la signification à personne ou à domicile, qu'elle peut être condamnée par corps à le faire, et *par un nouveau jugement.* Le demandeur en réintégrande ne peut donc pas attendre, pour conclure à la contrainte par corps, que la cause soit portée en appel devant

le tribunal de première instance, puisqu'il est facultatif au défendeur, qui succombe, d'appeler ou de ne pas appeler, et que lui demandeur ne pourrait avoir d'intérêt à appeler que relativement à la contrainte, et seulement dans la supposition que le juge de paix ne serait pas compétent pour la prononcer : or, le Code civil ne dit pas qu'elle devra l'être, dans ce cas, par le tribunal de première instance ; il se borne à prévoir le cas de réintégrande, pour le délaissement, *ordonné par justice*, d'un fonds dont le propriétaire a été injustement dépouillé par voies de fait ; et plus loin (art. 2067), il ajoute que la contrainte par corps, dans les cas mêmes où elle est autorisée par la loi, ne peut être appliquée qu'en vertu d'un jugement ; or, dans l'espèce, elle l'est par un jugement, et pour le cas du délaissement, *ordonné par justice*, d'un fonds dont le propriétaire a été dépouillé par voies de fait. D'ailleurs il est dans les règles, puisque la contrainte par corps n'est qu'un moyen d'exécution des jugemens, que le juge de paix soit compétent pour la prononcer, pour faire exécuter le sien : en un mot, le Code ne contient aucune disposition qui donne lieu de penser que le demandeur en réintégrande est obligé, après avoir obtenu le jugement qui le réintègre dans la possession, de recourir au tribunal de première instance, et par action nouvelle, à l'effet d'obtenir la contrainte par corps pour faire exécuter les condamnations

qu'il a obtenues, et que le juge de paix a eu incontestablement le pouvoir de prononcer.

456. Le quatrième cas est pour la restitution de deniers consignés entre les mains de personnes publiques établies à cet effet (même art. 2060). C'est là en quelque sorte un dépôt nécessaire, puisqu'on ne peut faire la consignation dans d'autres mains. Et il est à remarquer que la contrainte par corps n'a pas lieu seulement au profit de celui qui a fait la consignation, et qui, pour une cause quelconque, voudrait et pourrait la retirer; elle a lieu aussi en faveur de l'autre partie, puisque le consignataire est un dépositaire établie par la loi aussi bien dans l'intérêt de l'une que dans l'intérêt de l'autre : l'action de dépôt appartient à l'une comme à l'autre.

457. Le cinquième cas est pour la représentation des choses déposées entre les mains des séquestres, commissaires et autres gardiens judiciaires (*ibid*).

458. Sixièmement, contre les officiers publics, pour la non représentation de leurs minutes, quand elle est ordonnée par justice, (*ibid.*), ainsi que pour refus d'expédition d'un acte aux parties intéressées en nom direct, ou à leur ayant-cause (art. 839, Code de procéd.).

Nous disons *en nom direct*, parce que celui qui n'est pas intéressé en nom direct dans un acte,

soit par lui-même, soit comme héritier, ne peut s'en faire délivrer un extrait ou une expédition, que par la voie du compulsoire, ainsi qu'il est établi à l'article 846 et suivans du Code de procédure.

459. Septièmement, contre les notaires, avoués et huissiers, pour la restitution des titres à eux confiés, et des deniers par eux reçus pour leurs cliens, par suite de leurs fonctions (art. 2060, Cod. civ.). Ces mots *pour leurs cliens*, s'entendent aussi bien des cas où les deniers ont été confiés par le client, et pour être remis ou payés à un tiers, que du cas où ils ont été remis par un tiers au fonctionnaire de l'une de ces qualités pour être comptés à son client. Par exemple, si je remets des deniers à un huissier pour faire des offres réelles à mon créancier, et qu'au lieu de remplir la commission, il emploie les deniers à son profit, il est clair qu'il est tout aussi bien contraignable par corps, sur ma demande, que si, chargé par moi de faire une saisie chez mon débiteur, il ne me représentait pas la somme que celui-ci lui aurait payée pour éviter la saisie. Il en est de même si, ayant fait une acquisition par acte passé devant notaire, je remets à ce notaire la somme nécessaire pour acquitter les droits d'enregistrement de l'acte, et qu'au lieu de faire enregistrer, il garde ou emploie les deniers. La régie, indépendamment de l'action que les lois *sur l'Enregis-*

trement lui donne contre le notaire, à défaut par celui-ci d'avoir fait enregistrer l'acte dans le délai fixé par ces mêmes lois, la régie, disons-nous, a action contre moi, et par cela même, de mon côté, j'ai action contre le notaire, et avec le droit de conclure à la contrainte par corps.

Mais si j'ai fait un dépôt volontaire entre les mains d'un notaire, celui-ci n'est pas, d'après la seule disposition que nous expliquons maintenant, contraignable par corps pour fait de non-restitution de ce dépôt; car ce n'est pas par suite de ses fonctions qu'il l'a reçu. C'est ce qu'a jugé implicitement, il est vrai, mais néanmoins fort clairement la Cour de cassation, dans une espèce où il s'agissait de fonds provenant d'une vente dont le notaire avait été chargé, et qu'il avait divertis. Poursuivi criminellement par le ministère public, pour fait de détournement de deniers qui lui avaient été confiés en sa qualité de fonctionnaire public, la chambre des mises en accusation de la Cour royale de Bordeaux le renvoya de la poursuite, par le motif qu'il ne pouvait être réputé dépositaire public quant au fait dont il s'agissait; et sur le recours en cassation, formé par le procureur général près cette Cour, celle de cassation a rejetté le pourvoi en ces termes :

« La Cour, vu les pièces du procès et le mé-
« moire produit par le demandeur en cassation
« à l'appui de son pourvoi ;

« Considérant qu'on ne peut être dépositaire

« public qu'en vertu de la loi, et pour les objets « qu'elle a désignés;

« Que la loi n'ayant chargé les notaires que du « dépôt des minutes des actes qui sont passés de- « vant eux en qualité de notaires, et nullement « du dépôt des deniers des particuliers ou des « billets et lettres de change représentatifs de ces « deniers, il s'ensuit qu'à l'égard de ces objets ils « ne peuvent être considérés comme dépositaires « publics, ni par conséquent être sujets aux « peines établies par les différens articles du Code « pénal, relatifs aux crimes et délits commis par « les dépositaires publics ;

« Qu'ils ne peuvent pas plus être réputés dépo- « sitaires publics, dans le cas où ils auraient reçu « le dépôt en vertu d'une clause contenue dans « l'acte passé devant eux en qualité de notaires, « que dans le cas où ils auraient reçu le dépôt « indépendamment de cette clause, puisque, « dans l'un et l'autre cas, ils ne sont dépositaires « que par la seule volonté des parties, et nulle- « ment en vertu d'une délégation de la loi;

« Qu'il suit qu'en refusant d'appliquer au no- « taire D.... les dispositions du Code pénal rela- « tives aux dépositaires publics, la chambre d'ac- « cusation de la Cour de Bordeaux s'est parfaite- « ment conformée à la loi;

« Considérant, au surplus, que l'arrêt dénoncé « est régulier dans la forme, et que d'ailleurs il « ne blesse point les règles de compétence éta-

« blies par la loi, rejette. Du 13 avril 1813. Sirey, 1817-1-24.

Cet arrêt juge donc nettement qu'un notaire n'est point réputé dépositaire public à raison des dépôts volontaires que les parties font entre ses mains, quand bien même les deniers auraient eu une destination spéciale exprimée dans l'acte reçu par lui; et par conséquent il n'est point dans le cas prévu au n° 7 de l'article 2060 du Code civil. Il en doit être de même, par le même motif, de l'avoué auquel je remets des deniers pour qu'il tente un accommodement avec ma partie adverse, car ce dépôt n'est point une suite de ses fonctions, puisque j'aurais pu charger de cette commission tout autre qu'un avoué.

Mais si ce notaire et cet avoué ne sont pas contraignables par corps comme dépositaires publics, et en vertu de l'article 2060 précité, on peut toutefois les considérer comme des dépositaires, et des dépositaires infidèles; or, l'article 1945 les suppose contraignables par corps à ce titre, puisqu'il refuse le bénéfice de cession au dépositaire infidèle; et en effet ils sont contraignables à raison du délit d'abus de confiance qu'ils ont commis, et pour lequel ils peuvent être poursuivis en police correctionnelle, en vertu de l'article 408 du Code pénal, car l'article 52 du même Code porte que l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être pour-

suivie par la voie de la contrainte par corps. Il faut en effet remarquer que l'arrêt ci-dessus a seulement écarté, dans l'espèce sur laquelle il a statué, l'application des dispositions pénales établies contre les dépositaires publics qui détournent les deniers à eux confiés en cette qualité, dispositions bien différentes de celle de l'article 408 précité, en ce qu'elles établissent des peines infiniment plus graves. Et il est à remarquer aussi que la contrainte par corps a lieu en matière criminelle ou correctionnelle, pour une somme au-dessous de trois cents francs, ainsi qu'on le verra plus bas; tandis qu'en matière civile ordinaire, elle ne peut être prononcée pour une somme inférieure à trois cents francs. De plus, comme d'après l'article 126 du Code de procédure, les tribunaux civils *peuvent* prononcer la contrainte par corps pour dommages-intérêts, en matière civile, au-dessus de la somme de trois cents francs, et que le notaire ou l'avoué, dans les espèces ci-dessus, sont évidemment passibles de dommages-intérêts, ils pourraient par cela même être condamnés par corps par le tribunal civil, si la somme excédait trois cents francs.

460. La contrainte par corps a lieu, huitièmement, contre le fol enchérisseur, pour le paiement de l'excédant de son prix sur celui de la revente (art. 712 et 744 du Code de procéd.).

461. Neuvièmement, contre le saisi immobi-

lièrement qui ne délaisse point la possession de l'immeuble saisi aussitôt après la signification du jugement d'adjudication (art. 714 *ibid.*).

462. Et dixièmement enfin, contre le même, pour raison des dommages-intérêts résultant des dégradations par lui commises sur l'objet saisi depuis l'époque de la dénonciation de la saisie (art. 690 *ibid.*).

Nous parlerons plus bas de la contrainte par corps établie par la loi elle-même contre le débiteur étranger.

§ II.

Des cas où la contrainte par corps peut être ordonnée par le juge en matière civile ordinaire.

SOMMAIRE.

463. La contrainte par corps peut être ordonnée par le juge dans les cas suivans :

1°. Ceux qui, ayant été condamnés à désemparer un fonds par un jugement rendu au pétitoire (1), et passé en force de chose jugée, re-

(1) C'est-à-dire qui a statué sur la propriété, à la différence des

fusent d'obéir, *peuvent*, par un second jugement, être contraints par corps quinzaine après la signification du premier jugement à personne ou domicile.

Si le fonds ou l'héritage est éloigné de plus de cinq myriamètres du domicile de la partie condamnée, il est ajouté au délai de quinzaine un jour par cinq myriamètres (art. 2061).

Ainsi, il faut que le jugement qui condamne à désemparer le fonds soit passé en force de chose jugée : tant qu'il y a lieu d'y former opposition ou d'en interjeter appel, la disposition n'est point encore applicable. Si donc le jugement était seulement susceptible d'opposition, mais non d'appel, parce qu'il aurait été rendu par défaut, mais en dernier ressort, attendu que le fonds ne serait pas d'un revenu de plus de cinquante francs, soit en rente, soit par prix de bail (1), le délai de quinzaine ci-dessus ne courrait pas de la signification du jugement à personne ou domicile, mais seulement du jour où l'opposition ne serait plus recevable, selon que la partie avait ou non constitué avoué, (art. 155, 157, 159, Cod. de procéd. combinés).

---

jugemens possessoires, par exemple dans le cas de réintégrande, dont il a été parlé plus haut, jugemens qui ne statuent que sur le possessoire, sur la possession.

(1) Loi du 24 août 1790, tit. 4, art. 5; et Loi du 27 ventôse an VIII, art. 7.

Si le jugement a été rendu en premier ressort seulement, et contradictoirement, le délai pour interjeter appel est de trois mois à partir de la signification à personne ou domicile (art. 443 *ibid.*); et s'il a été rendu par défaut, le délai de trois mois ne commence à courir que du jour où l'opposition n'était plus recevable (*ibid.*). Si donc il y a appel, le délai de quinzaine fixé ci-dessus n'a pu commencer à courir que du jour de la signification, à personne ou domicile, de l'arrêt confirmatif; et si l'arrêt a été rendu par défaut, ce délai n'a commencé à courir que du jour où l'opposition a cessé d'être recevable, ou de la signification, à personne ou domicile, de l'arrêt qui l'a rejetée. Si la partie condamnée s'était désistée de son appel, le délai de quinzaine aurait couru du jour du désistement. Enfin, en supposant le jugement contradictoire, et en premier ressort, et signifié, il devient bien exécutoire (art. 450 *ibid.*) huit jours après la signification, sauf que l'appel interjeté suspend l'exécution (art. 457 *ibid.*); mais il ne faut pas conclure de là que le délai de quinzaine de l'article 2061 aurait couru à partir de la signification, dans le cas où la partie condamnée n'aurait pas encore cru devoir appeler; car cet article ne rend passibles de la contrainte par corps que ceux qui ont été condamnés, *par un jugement passé en force de chose jugée*, à désemparer d'un fonds, et qui refusent d'obéir; or, dans l'espèce, le jugement n'est point passé en force de

chose jugée tant que la partie a la faculté d'en appeler; peu importe qu'elle puisse, huitaine après la signification, être poursuivie en exécution tant qu'elle n'appelle pas : cela ne fait pas que le jugement soit passé en force de chose jugée.

On voit par la différence de rédaction du nº 2 de l'article 2060 et de l'article 2061, que, dans le cas de réintégrande, le juge ne peut pas se dispenser de prononcer la contrainte par corps, si elle est requise par le demandeur; tandis que dans le cas de la revendication, prévu à l'article 2061, il n'est pas tenu de la prononcer quoiqu'elle lui soit demandée après le délai fixé par cet article; car il est possible que quelque circonstance particulière milite en faveur de la partie condamnée à désemparer le fonds, et qui l'ait empêchée d'exécuter le jugement : par exemple, une absence, une maladie; si c'était une maison, une boutique, l'impossibilité de trouver dans le moment une autre maison ou une autre boutique; au lieu que le violent possesseur ne mérite aucune indulgence. On voit aussi que, dans le cas de réintégrande, la loi prononce la contrainte par corps pour la restitution des fruits perçus pendant l'indue possession, ainsi que pour les dommages-intérêts, tandis que l'article 2061 est muet sur ces objets, parce qu'en effet le défendeur a pu avoir dès le principe une possession de bonne foi, par exemple parce qu'il a acheté l'immeuble dans l'ignorance qu'il appar-

tenait à autrui : il est bien condamné, dans ce cas, à la restitution des fruits perçus depuis qu'il a été constitué en mauvaise foi, c'est-à-dire depuis qu'il a eu connaissance des vices de son titre (art. 549 et 550 combinés), mais il n'y est pas condamné par corps. Mais quant aux dommages-intérêts auxquels il pourrait être condamné pour dégradations commises depuis la demande, le tribunal, en vertu de l'article 126 du Code de procédure, peut le condamner par corps, si la somme excède trois cents francs. Enfin, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, une troisième différence entre les deux cas, c'est que, dans le premier, la contrainte par corps est prononcée par le jugement même qui statue sur la réintégrande, tandis que dans le second, elle ne peut l'être que par un nouveau jugement, et au refus par la partie condamnée au pétitoire, de satisfaire à la condamnation dans le délai fixé.

464. 2° Contre les fermiers et colons partiaires, pour défaut de représentation, à la fin du bail, des cheptels, semences et instrumens aratoires qui leur ont été confiés, à moins qu'ils ne justifient que le déficit de ces objets ne procède point de leur fait (art. 2062).

465. 3° Contre le débiteur d'un compte, pour défaut de présentation dudit compte au jour fixé, et indiqué par le juge commissaire. La

contrainte par corps peut être prononcée, dans ce cas, jusqu'à concurrence d'une somme que le tribunal arbitrera (art. 534, Cod. de procéd.).

466. 4° Pour dommages-intérêts liquidés (art. 126 *ibid.*)

467. 5° Pour reliquats de compte de tutelle, curatelle, d'administration de corps, communautés, établissemens publics, ou de toute administration confiée par justice, et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes *(ib.)*.

Les juges peuvent, dans les cas énoncés aux deux numéros précédens, et en prononçant la contrainte, ordonner qu'il sera sursis à l'exécution pendant un temps qu'ils fixeront, et après lequel la contrainte sera exercée sans nouveau jugement; mais ce sursis ne peut être accordé que par le jugement même qui statue sur la contestation (1), et les motifs du délai doivent y être énoncés (art. 127, *ibid.*)

468. 6° Pour le paiement de l'amende, des dommages-intérêts, et même du principal de la dette, contre celui qui a dénié une pièce, lorsque la dénégation a été jugée mal fondée (art. 213 *ibid.*)

---

(1) En effet, après la prononciation du jugement, il n'appartient plus au tribunal d'y rien changer, si ce n'est par suite d'opposition ou de requête civile.

469. Mais il faut observer que, dans les cas où soit le Code civil, soit le Code de procédure, donnent aux juges la faculté de prononcer la contrainte par corps, ces codes supposent tacitement que la personne peut être passible de la contrainte. C'est par cette raison qu'il a été jugé en cassation, le 28 mai 1818 (1), qu'elle n'avait pu être prononcée contre une femme, pour dommages-intérêts excédant même trois cents francs. En effet, l'article 2066 du Code civil, qui vient après ceux dans lesquels la loi elle-même ordonne la contrainte, porte qu'elle ne peut être prononcée contre les septuagénaires, les femmes et les filles, que dans le cas de stellionat.

§ III.

Cas où les parties peuvent stipuler la contrainte par corps.

SOMMAIRE.

470. *Premier cas où la soumission à la contrainte est autorisée, et renvoi quant aux cautions judiciaires.*
471. *Second cas.*

470. Les parties peuvent se soumettre à la contrainte par corps dans deux cas seulement (2).

Le premier est à l'égard des cautions judi-

---

(1) Sirey, 1818-1-335.

(2) Il est bien vrai que l'article 2063 permet aux Français de se soumettre à la contrainte *dans les cas exprimés aux articles précédens*,

ciaires et des cautions des contraignables par corps, lorsqu'elles se sont soumises à cette contrainte (art. 2060-5°, Cod. civ.).

Quant aux cautions judiciaires, nous nous en sommes expliqués au titre *du Cautionnement*, *suprà*, n° 386, où nous décidons, contre le sentiment de plusieurs personnes, que ces cautions ne sont contraignables par corps, comme celles des contraignables par corps elles-mêmes, qu'autant qu'elles se sont soumises à la contrainte; mais que le créancier peut exiger cette soumission, si toutefois encore la dette excède trois cents francs.

471. Le second cas est à l'égard des fermiers

---

et ces cas sont bien au-delà du nombre *deux*; mais en lisant attentivement ces mêmes articles, on voit aisément que, à l'exception de ces deux cas, ils sont étrangers à la supposition d'une soumission à la contrainte par corps. Des parties, en compromettant ne pourraient, d'après cela, autoriser les arbitres à prononcer la contrainte, à moins qu'il ne s'agît d'un cas dans lequel elle a pu être et a été l'effet d'une convention : comme dans le cas où un fermier s'y est soumis par son bail, et qu'il compromet sur les fermages. Mais si la contrainte n'avait point été stipulée par le bail, le fermier ne pourrait, en compromettant, autoriser les arbitres à la prononcer, puisqu'un tribunal lui-même ne le pourrait pas davantage.

S'il s'agissait d'une dette commerciale de deux cents francs au moins, taux auquel la nouvelle loi *sur la contrainte par corps* la prononce en matière de commerce, les arbitres pourraient la prononcer, lors même que les parties ne les y auraient pas autorisées par le compromis; car ils font la fonction d'un tribunal, et prononcent un véritable jugement, peu importe que leur décision soit appelée sentence arbitrale. Voyez, en ce sens, l'arrêt de la Cour royale de Paris, confirmé en cassation par arrêt du 1er juillet 1823. Sirey, 1824-1-5.

de biens ruraux, pour le paiement de leurs fermages (art. 2062). Le peu de garantie qu'ils présentent souvent a fait autoriser cette stipulation. Mais la contrainte par corps ne pourrait être stipulée pour les loyers des maisons. Dans ces baux, le locateur a la garantie des meubles qui garnissent la maison, et généralement ils sont suffisans pour le paiement des loyers; au lieu que les meubles d'un fermier sont généralement d'une valeur inférieure au prix du bail. A la vérité, le privilége du bailleur s'étend aussi sur les fruits de l'année, mais le propriétaire ne peut guère s'opposer à ce qu'ils sortent de la ferme pour être vendus, à moins qu'il ne les fasse lui-même saisir pour défaut de paiement des fermages.

§ IV.

Dispositions générales.

SOMMAIRE.

472. Suivant l'article 2063, « hors les cas déterminés par les articles précédens, ou qui « pourraient l'être à l'avenir par une loi formelle, « il est défendu à tous juges de prononcer la con- « trainte par corps; à tous notaires et greffiers

« de recevoir des actes dans lesquels elle serait « stipulée, et à tous Français de consentir pa- « reils actes, encore qu'ils eussent été passés en « pays étranger, à peine de nullité, dépens et « dommages-intérêts. »

Mais le Code de procédure, postérieur au Code civil, contient, comme on l'a vu, plusieurs dispositions formelles qui prononcent la contrainte par corps ou autorisent les juges à la prononcer.

473. Et il n'est point dérogé par le Code civil aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce, ni aux lois de police correctionnelle, ni à celles qui concernent l'administration des deniers publics (art. 2070).

474. Enfin, l'exercice de la contrainte par corps n'empêche ni ne suspend les poursuites et les exécutions sur les biens (art. 2069).

SECTION II.

Des causes qui font obstacle à la contrainte par corps en matière civile ordinaire, et des divers adoucissemens apportés à son exercice.

SOMMAIRE.

475. *Les mineurs non-commerçans sont exempts de la contrainte par corps.*

476. *Il en est de même des femmes, des filles et des septuagénaires, sauf le cas de stellionat.*

477. *Dans quels cas la femme mariée peut être contraignable par corps comme stellionataire.*

478. *La contrainte n'a pas lieu en matière civile ordinaire pour somme au-dessous de trois cents francs; différence de rédaction de l'art.* 2065 *du code civil, d'avec celle de l'art.* 126 *du Code de procédure.*

479. *Dans les cas prévus au Code civil et au Code de procédure, la loi n'exige pas que la somme de trois cents francs soit en principal; mais on n'a point d'égard aux dépens en ce qui touche la contrainte.*

480. *Interprétation de la seconde disposition de l'art.* 126 *du Code de procédure.*

481. *Ni le Code civil ni le Code de procédure ne limitent la durée de la contrainte, ce qui a été changé, ainsi que plusieurs autres points, par la loi du* 17 *avril* 1832 : *développemens.*

475. A raison de l'indulgence que mérite leur âge, les mineurs sont exempts de la contrainte par corps; elle ne peut être prononcée contre eux (art. 2064), qu'elle que soit la cause de l'obligation, en matière civile ordinaire (1) : en sorte que les tribunaux civils ne pourraient la prononcer pour dommages-intérêts contre un mineur, même émancipé; car la loi ne fait à cet égard au-

(1) Nous disons *en matière civile ordinaire*, car les mineurs commerçans sont assujettis à la contrainte par corps, comme les majeurs, pour les faits de leur commerce, puisque, relativement à ces mêmes faits, ils sont réputés majeurs (art. 2, Code de comm.). Voyez aussi l'art. 2 de la loi du 15 germinal an VI.

De plus, les mineurs, en général, sont contraignables par corps à raison des obligations résultant de leurs délits, conformément à l'art. 55 du Code pénal, qui ne distingue pas entre les majeurs et les mineurs.

cune distinction entre les mineurs émancipés et les mineurs non émancipés.

Mais peut-on la prononcer contre un individu majeur, si le fait qui y donnerait lieu s'était passé durant la minorité? Oui, selon nous, parce que la contrainte n'est pas une peine, mais un mode d'exécution, et que la loi qui défend de la prononcer contre un mineur serait observée. Toutefois un mineur, en prenant à ferme un héritage rural, n'a pu valablement se soumettre à la contrainte par corps, et par conséquent on ne pourrait la prononcer contre lui, devenu majeur, quoi qu'il s'y fût soumis et qu'il n'eût pas demandé ou obtenu la résiliation du bail.

476. L'humanité a fait aussi établir une exception en faveur des femmes, des filles (1) et des septuagénaires, si ce n'est toutefois dans le cas de stellionat (art. 2066).

Et il suffit que la soixante-dixième année soit commencée, pour jouir de l'exception accordée aux septuagénaires (*ibid.*).

A cet âge on est même libéré de la contrainte par corps prononcée antérieurement, pour autre cause toutefois que le stellionat (art. 800, nº 5, Cod. de procéd.).

---

(1) Mais les femmes et les filles marchandes publiques ou commerçantes sont contraignables par corps à raison des obligations résultant de leur commerce. Loi du 15 germinal an VI précitée.

477. Mais la contrainte par corps pour cause de stellionat pendant le mariage, n'a lieu contre les femmes mariées que lorsqu'elles sont séparées de biens, ou lorsqu'elles ont des biens dont elles se sont réservé la libre administration, et à raison des engagemens qui concernent ces biens (art. 2066 Cod. civ.).

Et les femmes qui, étant en communauté, se seraient obligées conjointement ou solidairement avec leur mari, ne peuvent être réputées stellionataires à raison de ces contrats (*ibid.*).

On suppose que le fait de stellionat, dans ces cas, procède moins du fait de la femme que de celui du mari. Il est bien vrai, dans le dernier, que ce n'est que par rapport au mari que la femme est réputée s'être obligée comme caution, et non à l'égard du tiers envers lequel elle s'est obligée (art. 1429); mais comme elle a agi sous l'influence de son mari, la loi, dans son indulgence, prend en considération cette circonstance, et l'affranchit de la contrainte par corps (1).

---

(1) M. Delvincourt donnait d'autres motifs : selon lui, c'est parce que, lorsqu'il y a communauté, tous les engagemens contractés, même par la femme, pendant le mariage, sont censés contractés pour le compte et l'avantage de la communauté, et que cette communauté *appartenant exclusivement au mari*, il a paru trop dur de prononcer la contrainte par corps contre la femme, *qui ne profite point de l'engagement.*

La femme en profite, au contraire, si elle accepte la communauté, ce qui est le cas le plus ordinaire, le droit commun; et il n'est pas vrai de dire, surtout sous le Code, que la communauté appartient exclusi-

Ainsi, la femme qui, mariée sous le régime dotal, aurait des paraphernaux, ou qui, mariée sous le régime de la communauté, ou d'exclusion de communauté, se serait réservé la libre administration de certains immeubles, ainsi qu'elle l'a pu, serait bien stellionataire dans les cas prévus à l'article 2059, en supposant qu'elle ait traité dûment autorisée, car sans cela, le contrat étant nul à son égard, il ne pourrait être question de la contraindre par corps à l'exécuter; mais si ce sont des biens dont l'administration appartenait au mari par la nature même du régime adopté par les époux, et parce qu'en outre la femme ne s'en était pas réservé *la libre administration*, la contrainte par corps ne peut être prononcée contre elle, quoiqu'il s'agisse, dans ce cas, d'immeubles qui lui appartenaient, ou qui étaient réputés lui appartenir par cela seul qu'elle en avait la possession légale lors de la célébration du mariage (art. 1402). On a pensé que sa dissimulation relativement aux hypothèques qui existaient sur ces mêmes biens, lorsqu'elle les a présentés comme libres à des tiers, avait pu être déterminée par l'influence de son mari sur elle. Et il n'y a pas à distinguer, à cet égard, entre le cas où la

---

vement au mari; il en a seulement *la libre administration*, ce qui est bien différent. Au surplus, nous avons suffisamment réfuté cette doctrine au titre du *Contrat de mariage*. Nous préférons donc le motif que nous donnons, à celui de M. Delvincourt.

femme aurait traité en vertu de l'autorisation par écrit du mari, et le cas où elle aurait traité avec son concours dans l'acte; elle n'est contraignable par corps ni dans l'une ni dans l'autre hypothèse. Mais il n'y aurait pas lieu non plus à faire cette distinction dans le cas où elle était séparée de biens, ou qu'elle a traité relativement à des biens dont elle s'était réservé la libre administration : elle serait réputée stellionataire, si effectivement il y avait stellionat, soit qu'elle eût traité avec le concours du mari dans l'acte, soit qu'elle eût traité seule, avec l'autorisation par écrit de son mari.

Quant à celui-ci, s'il ne s'est point personnellement obligé, s'il n'a fait que simplement autoriser sa femme au sujet de biens dont celle-ci avait la libre administration, il ne peut être réputé stellionataire. Il n'y aurait même peut-être pas lieu, d'après l'article 2063, à prononcer la contrainte par corps contre lui, quoiqu'il résultât des faits de la cause qu'il avait connaissance du dol que sa femme se proposait de commettre. Cependant cette décision est susceptible de difficulté, parce que le complice d'un dol est aussi coupable que celui qui le commet directement.

478. La contrainte par corps, en matière civile ordinaire, ne peut, d'après l'article 2065 être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs; par conséquent elle peut l'être pour une

somme de trois cents francs; tandis que l'article 126 du Code de procédure ne s'exprime pas de la même manière; il porte : « La contrainte par « corps ne sera prononcée que dans les cas pré- « vus par la loi; il est néanmoins laissé à la pru- « dence des juges de la prononcer :

« 1°. Pour dommages-intérêts, en matière ci- « vile, *au-dessus de la somme de trois cents francs.* »

Ainsi, suivant cet article il faut que la somme soit au-dessus de trois cents francs.

Comme c'est une disposition spéciale il faut l'appliquer selon sa teneur au cas qu'elle prévoit, et l'article 2065 du Code civil à ceux sur lesquels il statue. C'est sans doute un défaut d'harmonie dans la loi, mais les tribunaux ne sont point appelés, en cette matière, à en corriger les dispositions : ils n'en sont que les organes.

479. Dans les cas prévus soit au Code civil soit au Code de procédure, la loi n'exige pas que la dette pour laquelle la contrainte est prononcée soit de trois cents francs *en principal;* elle se borne à dire que la contrainte ne peut être prononcée pour une somme moindre de trois cents francs : par conséquent les intérêts échus jusqu'au jour de la demande, et ceux qui ont couru depuis qu'elle a été formée, font partie de la somme à raison de laquelle la loi commande ou permet la contrainte, d'autant mieux que les intérêts participent de la nature du principal. D'ail-

leurs, pour obtenir son élargissement, le débiteur, aux termes de l'article 800 du Code de pro cédure, doit payer ou consigner les sommes dues *les intérêts échus*, etc. Or, si, pour obtenir sa mis en liberté, il est tenu de payer ou consigner les in térêts qui ont couru depuis le jugement, par l même raison, le tribunal, pour prononcer la con trainte, a dû avoir égard aux intérêts échus a temps de la demande et à ceux qui ont couru de puis la demande. Mais il n'a point d'égard au dépens, quoique, pour obtenir son élargissemen le débiteur soit aussi tenu de payer ou de consi gner les frais liquidés, ceux d'emprisonnement e les alimens consignés. On objectera peut êtr qu'en comprenant les intérêts dans la somme d trois cents francs, il pourrait arriver que la cor trainte eût lieu dans tel cas où elle n'eût pas p être prononcée si le créancier avait formé sa de mande plus tôt, ou si le tribunal avait plus tôt pro noncé son jugement, et qu'un tel résultat para répugner aux principes de la matière : mais o répond que c'est la faute du débiteur de ne s'êt pas libéré plus tôt.

480. Au surplus, quoique ce même article du Code de procédure ajoute que « la contrain « par corps a lieu aussi pour reliquats de compt « de tutelle, curatelle, d'administration de cor « et communauté, établissemens publics, ou d « toute administration confiée par justice, et po

« toute restitution à faire par suite desdits comp-« tes, » sans dire, comme dans le premier cas, que la somme devra être au-dessus de trois cents fr., il n'est pas douteux néanmoins que la contrainte ne peut être prononcée, dans ces mêmes cas, pour une somme moindre, puisque c'est toujours une matière civile, et que le Code civil pose en principe que cette contrainte ne pourra être prononcée pour une somme au-dessous de trois cents francs, sans distinguer entre les séquestres ou autres comptables commis par justice, même les stellionataires, et toute autre personne. On ne doit pas en effet priver une personne de sa liberté pour la plus modique somme. Ces cas ne sont d'ailleurs pas plus dignes de faveur que ceux où il y a lieu à des dommages-intérêts pour un préjudice causé; la loi met même ces derniers en première ligne, et elle exige, pour que la contrainte puisse être prononcée, que la somme soit au-dessus de trois cents fr. Si on ne l'a pas dit expressément dans les cas de tutelle, etc., c'est parce qu'on a pensé que ce serait une répétition inutile d'après ce qui venait d'être expliqué à cet égard, et d'après le principe général établi au Code civil. Peu importe donc ces mots, *et pour toutes restitutions à faire par suite desdits comptes;* cela doit etre entendu de toutes restitutions au-dessus de trois cents francs.

481. Sous ces modifications, et sous la con-

dition d'observer les formes requises pour la validité de l'emprisonnement (art. 794, Cod. de procéd.), et de consigner d'avance les alimens (791 *ibid.*), la loi civile autorisait tout créancier, dans les cas déterminés, à faire prononcer la contrainte par corps contre son débiteur, sans limitation de temps; et ce dernier, à moins d'être admis au bénéfice de cession, ne pouvait conserver ou recouvrer sa liberté malgré le créancier, qu'en payant la dette en capital, intérêts et frais (art. 798 et 800, Cod. de procéd.)

Mais la loi du 17 avril 1832, *sur la Contrainte par corps*, a grandement adouci cette rigueur.

Ces adoucissemens sont relatifs :

1° A certains empêchemens résultant de la qualité des personnes;

2° A la durée de la contrainte par corps;

3° A la facilité de l'élargissement.

Ainsi, sous le premier rapport, la contrainte par corps n'est jamais prononcée contre le débiteur, au profit, 1° de son mari, ni de sa femme; 2° de ses ascendans, descendans, frères ou sœurs, ou alliés au même degré (art. 19 *ibid.*).

Et elle ne peut être exécutée contre le mari et contre la femme simultanément pour la même dette (art. 21).

Mais la loi ne défendant que l'exécution simultanée de la contrainte contre le mari et la femme *pour la même dette*, il suit de là qu'elle peut être exécutée simultanément contre l'un et

l'autre pour des dettes différentes, encore que ce soit à la requête du même créancier ; et il suit aussi de là qu'elle peut être prononcée pour la même dette contre l'un et l'autre, s'il y a lieu, sauf à ne l'exécuter contre chacun d'eux que successivement, et pendant le temps déterminé par la loi.

D'après l'article 7 de celle du 17 avril 1832 précitée, dans tous les cas où la contrainte par corps a lieu en matière civile ordinaire, la durée en doit être fixée par le jugement de condamnation ; elle est d'un an au moins et de dix ans au plus.

Néanmoins, s'il s'agit de fermages de biens ruraux aux cas prévus par l'article 2062 du Code civil, ou de l'exécution des condamnations intervenues dans le cas où la contrainte par corps n'est pas obligée, et où la loi attribue seulement aux juges la faculté de la prononcer, la durée de la contrainte n'est que d'un an au moins, et de cinq ans au plus.

Le bénéfice de la loi nouvelle s'applique même aux contraintes exercées avant sa promulgation ; mais comme, dans ces cas, la durée de la contrainte n'a pu être fixée par le jugement, la loi la fixe au *maximum* de dix ou cinq ans, suivant la nature de la dette, et décide, en conséquence, qu'après ce délai, qui court du jour de l'arrestation, l'élargissement aura lieu. Toutefois cette faveur n'a pu être appliquée qu'après l'expira-

tion d'un mois depuis la promulgation de la présente loi (art. 43 *ibid.*).

Et afin que la durée de la contrainte par corps ne se trouvât pas trop prolongée par l'effet de la multiplicité des causes qui pourraient y donner lieu contre le même débiteur, et au profit de divers créanciers, la loi veut que lorsqu'il a obtenu son élargissement de plein droit après l'expiration des délais fixés par les articles 5, 7, 13 et 17 (1), il ne puisse plus être détenu ou arrêté pour dettes contractées antérieurement à son arrestation et échues au moment de son élargissement, à moins que ces dettes n'entraînent par leur nature et leur qualité une contrainte plus longue que celle qu'il a subie, laquelle, dans ce dernier cas, lui sera toujours comptée pour la durée de la nouvelle incarcération (art. 27).

Mais comme cette disposition est toute de faveur, on ne pourrait en étendre l'application à d'autres cas que ceux qui y sont prévus : en conséquence, le débiteur ne pourrait l'invoquer contre un créancier dont la créance aurait été contractée postérieurement à l'arrestation, quoiqu'elle se trouvât échue lors de l'élargissement; ni contre un créancier dont la créance ne serait échue que postérieurement à l'élargissement, quoique con-

---

(1) Par conséquent cette disposition s'applique aussi aux cas de contrainte exercée pour dettes commerciales, ainsi qu'en matière de deniers et effets mobiliers publics, et aussi à celle qui est exercée contre les étrangers.

tractée antérieurement à l'arrestation ; ni enfin dans le cas où le débiteur aurait obtenu son élargissement par une autre cause que l'expiration du temps fixé pour la durée de l'emprisonnement, encore que ce fût par suite du paiement de la dette, et que celle pour laquelle on voudrait exercer la contrainte eût été contractée antérieurement à l'arrestation et se trouvât échue au moment de l'élargissement : il ne pourrait même demander, dans ces divers cas, qu'on lui comptât le temps de la détention réelle qu'il a subie.

Le débiteur a toujours pu obtenir son élargissement par le paiement intégral du principal, intérêts, frais liquidés, ceux d'emprisonnement et restitution des alimens (art. 798 et 800, n° 2, Cod. de procéd.); mais pour prévenir toute difficulté sur le sens et l'étendue du mot *frais*, la loi nouvelle (art. 23) décide que les frais liquidés que le débiteur doit consigner ou payer pour empêcher l'exercice de la contrainte par corps, ou pour obtenir son élargissement, conformément aux articles 798 et 800, n° 2, du Code de procédure, ne seront jamais que les frais de l'instance, ceux de l'expédition et de la signification du jugement et de l'arrêt, s'il y a lieu, et ceux enfin de l'exécution relative à la contrainte par corps seulement.

L'article suivant a apporté un autre adoucissement fort important à la contrainte par corps en matière civile. Le débiteur, dit-il, si la contrainte

par corps n'a pas été prononcée pour dette commerciale (1), obtiendra son élargissement en payant ou consignant le tiers du principal de la dette et de ses accessoires, et en donnant pour le surplus une caution acceptée par le créancier, ou reçue par le tribunal civil dans le ressort duquel le débiteur sera détenu.

La caution sera tenue de s'obliger solidairement avec le débiteur à payer, dans un délai qui ne pourra excéder une année, les deux tiers qui resteront dus (art. 25).

A l'expiration du délai prescrit par l'article précédent, le créancier, s'il n'est pas intégralement payé, pourra exercer de nouveau la contrainte par corps contre le débiteur principal, sans préjudice de ses droits contre la caution (art. 26).

SECTION III.

Des règles particulières relatives à l'exécution de la contrainte par corps.

SOMMAIRE.

482. *La contrainte par corps ne peut être appliquée que par jugement, sauf un cas, note.*
483. *Elle ne peut être exécutée qu'un jour après la signification du jugement.*
484. *La faculté d'appeler, tant qu'il n'y a pas d'appel, n'empêche pas l'exercice de la contrainte : développemens.*

---

(1) Mais la disposition s'applique à la contrainte contre les étrangers et à celle qui a lieu en matière de deniers et effets mobliers publics.

485. *Aujourd'hui la faculté d'appeler en ce qui touche la contrainte par corps, a lieu même dans les cas où les tribunaux jugent en dernier ressort.*

486. *Les règles touchant l'emprisonnement du débiteur sont tracées au Code de procédure; diverses dispositions de la loi nouvelle.*

482. Pour les voies d'exécution qui consistent dans la saisie et vente des biens, il suffit d'un titre exécutoire quelconque, et que la dette réunisse toutefois les conditions exprimées à l'article 551 du Code de procédure; mais la contrainte par corps, comme nous l'avons dit plus haut, ne peut être appliquée que par jugement (art. 2067) (1). Il fallait bien s'assurer qu'elle ne serait pas convenue ni exercée hors des cas déterminés par la loi, et les tribunaux seuls pouvaient en juger.

483. Et elle ne peut être exécutée qu'un jour après la signification, avec commandement, du jugement qui l'a prononcée (art. 780, Cod. de procéd.).

Et ce jour doit être franc.

---

(1) Il y a toutefois exception à l'égard de la caution judiciaire contraignable par corps, s'il y a lieu à la contrainte; elle est contraignable en vertu de sa soumission au greffe, et sans qu'il soit besoin de jugement (art. 519, Code de procéd.); mais, comme nous l'avons dit, si elle s'est soumise à la contrainte.

Et comme nous l'avons dit plus haut, des arbitres en matière de commerce peuvent la prononcer, dans les cas prévus par la loi, encore qu'ils n'y aient pas été autorisés par le compromis.

484. Du reste, la loi n'apporte ici aucune modification au principe général suivant lequel les jugemens sujets à appel peuvent être exécutés tant que l'appel n'est point interjeté. Bien mieux, s'éloignant des principes de l'ancien Droit, elle déclare commune à l'exercice de la contrainte par corps, la règle qui permet d'exécuter nonobstant appel, lorsque les juges ont ordonné l'exécution provisoire en vertu de l'article 135 du Code de procédure; mais, suivant l'article 2068 du Code civil, il semble qu'ils ne peuvent ordonner l'exécution provisoire, nonobstant appel, en ce qui concerne la contrainte par corps, qu'à la charge de donner caution.

Et la contrainte par corps pour objet susceptible de liquidation ne peut être exécutée qu'après que la liquidation aura été faite en argent (art. 552, Cod. de procéd.).

Si le débiteur interjette appel, il doit aussitôt obtenir sa mise en liberté, à moins que l'exécution provisoire n'ait été ordonnée même pour la contrainte.

485. Le Code de procédure, non plus que le Code civil, ne contient rien de particulier sur la faculté d'appeler des jugemens qui prononcent la contrainte par corps; en sorte que dans ce cas comme dans les autres, le pouvoir de juger en premier ou en dernier ressort dépendait de la nature et de l'importance de l'objet principal de

la demande. Mais la loi nouvelle a apporté aussi en ce point une importante amélioration ; elle décide, par son article 20, que, dans les affaires où les tribunaux civils ou de commerce statuent en dernier ressort, la disposition de leur jugement relative à la contrainte par corps sera sujette à l'appel; mais que cet appel ne sera toutefois pas suspensif.

486. Le législateur, soit dans le Code civil, soit dans la nouvelle loi (1), n'entre dans aucun détail sur la mise à exécution de la contrainte par corps; les règles à ce sujet sont tracées au Code de procédure, art. 780 et suivans (2). Nous nous dispenserons de les rapporter ici : nous ferons seulement observer que, d'après l'article 31 de la loi nouvelle, le débiteur élargi faute de consignation d'alimens ne peut plus être incarcéré pour la même dette, ce qui est une importante dérogation à l'article 804 du Code de procédure; que, suivant l'article 22 de la même loi, tout huissier, garde du commerce ou exécuteur des mandemens de justice, qui, lors de l'arrestation d'un débiteur, se refuserait à le conduire en référé devant le président du tribunal de première instance, aux termes de l'article 786 du Code

(1) Sauf toutefois ce qui est établi aux articles 22, 28 et 32 de cette même loi.

(2) Voyez aussi l'article 556 du même Code.

de procédure civile, doit être condamné à mille francs d'amende, sans préjudice des dommages-intérêts (1); enfin que, d'après l'article 32, les dispositions du titre IV de la loi et celles du Code de procédure civile sur l'emprisonnement, auxquelles il n'est pas dérogé par ladite loi, sont applicables à l'exercice de toute contrainte par corps, soit pour dettes commerciales, soit pour dettes civiles, même à la contrainte en matière de deniers et effets mobiliers publics, et enfin à la contrainte par corps exercée contre les étrangers.

Néanmoins, pour les cas d'arrestation provisoire, le créancier n'est pas tenu de se conformer à l'article 780 du Code de procédure, qui prescrit une signification et un commandement préalable.

CHAPITRE II.

De la contrainte par corps en matière de commerce.

SOMMAIRE.

487. *Changement apporté par la nouvelle loi en ce qui touche la somme pour laquelle la contrainte par corps a lieu en matière de commerce.*

488. *En quel sens doivent être entendus ces mots de la nouvelle*

---

(1) Cette disposition s'applique aussi aux cas de contrainte par corps en matière commerciale, à celle exercée contre les étrangers, et à celle pour deniers et effets mobiliers publics.

487. Jusqu'à la loi du 17 avril 1832, la contrainte par corps en matière de commerce avait lieu quelle que fût la somme due; les lois qui l'avaient établie, et dont la principale était celle du 15 germinal an VI, n'avaient pas fixé de taux à ce sujet, comme l'ont fait depuis, en matière civile, et le Code civil et le Code de procédure; seulement le tribunal de commerce de Paris, et quelques autres qui avaient cru devoir l'imiter, ne la prononçaient plus, depuis quelques années, lorsque la somme ne s'élevait pas à cent francs. C'était assurément une infraction à la législation existante, mais ces tribunaux s'étaient déterminés par des motifs d'humanité; il leur avait semblé trop rigoureux de priver un citoyen de sa liberté pour la plus modique somme; ils voyaient dans la conduite du créancier demandant la contrainte par corps pour une aussi faible somme, plutôt la manifestation d'un sentiment de haine envers le débiteur, que l'exercice d'un moyen d'exécution. Quoiqu'il en soit, la nouvelle loi a fait cesser tout à la fois et cette rigueur de la législation, et cet arbitraire de ces tribunaux; l'article 1er porte:

« La contrainte par corps sera prononcée, sauf « les exceptions et modifications ci-après, contre

« toute personne condamnée pour dette com-
« merciale au paiement d'une somme principale
« de deux cents francs. »

488. Comme c'est pour *dette* commerciale.... *d'une somme principale*, il résulte de là que si la demande comprend deux dettes distinctes, dont aucune ne s'éleverait à deux cents francs, la contrainte par corps ne doit pas être prononcée, quand bien même les deux dettes réunies s'éleveraient à cette somme et au-delà; car le débiteur n'ayant entendu s'obliger par corps pour aucune des deux dettes, le créancier n'a pas le droit de l'y soumettre en réunissant plusieurs dettes dans une seule demande : par exemple, si un billet à ordre de 150 fr. seulement lui a été souscrit, et qu'il soit devenu cessionnaire d'un autre billet de pareille somme, il ne doit pas pouvoir conclure à la contrainte; le débiteur ne doit pas être de pire condition parce qu'il doit à une seule personne maintenant, ce qu'il devait d'abord à deux.

Mais si c'était envers la même personne, et par compte courant, ou pour fournitures faites successivement, que le débiteur se fût obligé en plusieurs fois, on ne devrait voir là qu'une même dette, composée de plusieurs articles, dont la réunion s'élevant à deux cents francs ou au-dessus, donnerait lieu à la contrainte par corps : autrement la sûreté du commerce, que l'on a cherchée dans la contrainte par corps, serait

compromise, ou le commerce par fournitures souffrirait une grave atteinte : les marchands en gros ne voudraient faire aux marchands en détail, colporteurs ou autres, que des fournitures qui s'éleveraient chacune au moins à deux cents francs, ce qui serait une très-grande entrave.

Il est bien évident aussi, puisque la condamnation doit être, pour dette commerciale, au paiement *d'une somme principale* de deux cents francs ou au-dessus, qu'on ne doit pas y comprendre, pour former cette somme, les frais faits par le demandeur, même ceux de protêt; car cela ne fait point partie de la *somme principale.* Nous en disons autant des intérêts échus soit avant la demande, soit depuis, même du coût du rechange; ce sont des accessoires de la dette, et non une partie de cette même dette considérée dans son origine, dans son *principe*, de la dette *principale.* Peu importe que, aux termes de l'article 800 du Code de procédure, auquel renvoie la nouvelle loi quant à l'élargissement du débiteur à raison du paiement de la dette, celui-ci, pour obtenir sa mise en liberté, soit tenu de payer ou consigner les sommes dues, *les intérêts échus*, *les frais liquidés*, ceux d'emprisonnement, et la restitution des alimens consignés; car cette disposition ne porte aucune atteinte à celle qui fixe la somme pour laquelle la contrainte pourra être exercée; or, cette somme est une *somme principale* de deux cents francs et au-dessus. Les rédacteurs de la

nouvelle loi n'ont pas entendu que celui qui ne s'obligerait qu'à une somme au-dessous de deux cents francs, par exemple à cent quatre-vingts francs, fût contraignable par corps par suite d'événemens ultérieurs qui auraient porté la dette à deux cents francs ou au-dessus, tels que les frais d'un protêt, le coût d'un rechange, des intérêts. En contractant la dette, il n'entendait point s'obliger par corps, et ces événemens ultérieurs, dans l'esprit de la nouvelle loi, ne doivent pas l'y soumettre. On ne peut pas dire, d'ailleurs, que des frais de protêt, ou autres, sont une dette commerciale; on ne peut pas même le dire des intérêts moratoires; il n'y a là-dedans aucune opération commerciale : ce sont des accessoires à une dette commerciale, si l'on veut, mais ce n'est point une partie intégrante de cette dette, de la dette principale. Ajoutez que le créancier, pour obtenir la contrainte par corps, qu'il ne pourrait obtenir sans cela, négligerait de poursuivre après le protêt, afin de faire courir des intérêts qui, réunis à la somme principale, formeraient les deux cents francs. Or, doit-il obtenir aujourd'hui la contrainte qu'il n'eût pas pu obtenir six mois plus tôt? Il nous semble que non, ou bien ces mots *somme principale*, sont inutiles dans la loi; tandis qu'ils nous paraissent avoir été mis pour établir que le débiteur ne serait contraignable par corps qu'autant qu'il s'obligerait dès le *principe* pour une somme de deux cents francs et au-

dessus ; c'est là le sens naturel des mots *somme principale.* Enfin dans une matière toute rigueur comme celle-ci, le doute, s'il y en avait, devrait s'interpréter en faveur du débiteur.

Ainsi, suivant nous, le tribunal ne doit pas, en réunissant les différens accessoires dont il vient d'être parlé à la somme originairement due, porter une seule et même condamnation, qualifiée principale, pour soumettre le débiteur à la contrainte : il doit diviser les différens chefs de demande, ainsi que cela se pratique ordinairement, et ne prononcer la contrainte qu'autant que la dette principale serait de deux cents fr. ou au-dessus. Peu importe que le créancier lui-même soit aussi digne de faveur pour ses frais de protêt et d'assignation, qui sont de véritables déboursés par lui faits, que pour la dette elle-même ; la loi, en exigeant une somme principale, et de deux cents francs au moins, s'est déterminée par des considérations d'un ordre supérieur.

489. Art. 2. Ne sont point soumis à la contrainte par corps en matière de commerce :

1° Les femmes et les filles non légalement réputées marchandes publiques ;

2° Les mineurs non commerçans, ou qui ne sont point réputés majeurs pour fait de leur commerce ;

3° Les veuves et héritiers des justiciables des

tribunaux de commerce assignés devant ces tribunaux en reprise d'instance, ou par action nouvelle, en raison de leur qualité.

Art. 3. Les condamnations prononcées par les tribunaux de commerce contre des individus non négocians, pour signatures apposées, soit à des lettres-de-change réputées simples promesses aux termes de l'article 112 (1) du Code de commerce, soit à des billets à ordre, n'emportent point la contrainte par corps, à moins que ces signatures et engagemens n'aient eu pour cause des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage.

Art. 4. La contrainte par corps, en matière de commerce, ne peut être prononcée contre les débiteurs qui ont commencé leur soixante-dixième année.

490. Art. 5. L'emprisonnement pour dette

(1) Ainsi conçu : « Sont réputées simples promesses toutes lettres-de-« change contenant supposition soit de nom, soit de qualité, soit de « domicile, soit des lieux où elles sont tirées ou dans lesquels elles « sont payables. »

Mais lorsque la lettre-de-change est régulière, comme elle est réputée acte de commerce, elle donne lieu à la contrainte par corps (si elle est de deux cents francs ou au-dessus) encore que le signataire ne soit point commerçant de profession, et que la lettre n'ait pas eu pour cause une opération de commerce, trafic, change, banque ou courtage; au lieu qu'un billet à ordre souscrit par un non-négociant ne donne lieu à la contrainte qu'autant qu'il a eu ponr cause une opération de commerce, trafic, change, banque ou courtage. Voyez, au surplus, les articles 636 et 637 du Code de commerce, auxquels il n'a point été dérogé en ce point par la loi nouvelle.

commerciale cesse de plein droit après un an, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élève pas à cinq cents francs ;

Après deux ans, lorsqu'il ne s'élève pas à mille francs ;

Après trois ans, lorsqu'il ne s'élève pas à trois mille francs ;

Après quatre ans, lorsqu'il ne s'élève pas à cinq mille francs ;

Après cinq ans, lorsqu'il est de cinq mille francs et au-dessus.

Art. 6. Elle cesse pareillement de plein droit le jour où le débiteur aura commencé sa soixante-dixième année.

CHAPITRE III.

Dispositions relatives à la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle ou de police.

SOMMAIRE.

491. *Distinctions, quant à la contrainte par corps, entre les condamnations civiles prononcées au profit de l'Etat, et celles prononcées au profit des particuliers lésés par le délit : des premières.*

492. *Des secondes.*

493. *Dispositions générales.*

491. Quant à la contrainte par corps en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, loi nouvelle distingue sagement entre les con-

damnations prononcées au profit de l'Etat, et celles qui sont prononcées au profit des particuliers lésés par le crime ou délit.

Ainsi, les arrêts, jugemens et exécutions portant condamnation, au profit de l'Etat, à des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais en matière criminelle, correctionnelle ou de police, ne peuvent être exécutés par la voie de la contrainte par corps que cinq jours après le commandement fait aux condamnés, à la requête du receveur de l'enregistrement et des domaines.

Dans le cas où le jugement de condamnation n'aurait pas été précédemment signifié au débiteur, le commandement portera en tête un extrait de ce jugement, lequel contiendra le nom des parties et le dispositif.

Sur le vu du commandement et sur la demande du receveur de l'enregistrement et des domaines, le procureur du roi adresse les réquisitions nécessaires aux agens de la force publique et autres fonctionnaires chargés de l'exécution des mandemens de justice.

Si le débiteur est détenu, la recommandation pourra être ordonnée immédiatement après la notification du commandement (art. 33).

Les individus contre lesquels la contrainte par corps aura été mise à exécution aux termes de l'article précédent, subiront l'effet de cette contrainte jusqu'à ce qu'ils aient payé le montant

des condamnations, ou fourni une caution admise par le receveur des domaines, ou, en cas de contestation de sa part, déclarée bonne et valable par le tribunal civil de l'arrondissement.

La caution devra s'exécuter dans le mois, à peine de poursuites (1) (art. 34).

Néanmoins les condamnés qui justifieront de leur insolvabilité suivant le mode prescrit par l'article 420 du Code d'instruction criminelle, seront mis en liberté après avoir subi quinze jours de contrainte, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excéderont pas quinze francs; un mois, lorsqu'elles s'élèveront de quinze à cinquante francs; deux mois, lorsque l'amende et les autres condamnations s'élèveront de cinquante à cent francs; et quatre mois, lorsqu'elles excéderont cent francs (art. 35).

Lorsque la contrainte par corps a cessé en vertu de l'article précédent, elle peut être reprise, mais une seule fois, et quant aux restitutions, dommages-intérêts et frais seulement, s'il est jugé contradictoirement avec le débiteur qu'il lui est survenu des moyens de solvabilité (art. 36).

Dans tous les cas, la contrainte par corps exercée en vertu de l'article 33 est indépendante des peines prononcées contre les condamnés (art. 37).

---

(1) Mais la loi ne la déclare pas contraignable par corps.

492. Passant ensuite aux condamnations prononcées au profit des particuliers lésés par le crime ou délit, la loi dispose que les arrêts et jugemens contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparations de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, seront, à leur diligence, signifiés et exécutés suivant les mêmes formes et voies de contrainte que les jugemens portant des condamnations au profit de l'Etat.

Que toutefois les parties poursuivantes seront tenues à l'obligation de pourvoir à la consignation d'alimens, aux termes de la présente loi (1), lorsque la contrainte aura lieu à leur requête et dans leur intérêt (art. 38).

Lorsque la condamnation n'excède pas trois cents francs, la mise en liberté des condamnés, arrêtés ou détenus à la requête et dans l'intérêt des particuliers, ne peut avoir lieu, en vertu des articles 34, 35 et 36, qu'autant que la validité des cautions ou l'insolvabilité des condamnés auront été, en cas de contestation, jugées contradictoirement avec le créancier.

La durée de la contrainte doit être déterminée par le jugement de condamnation, dans les limites de six mois à cinq ans (art. 39).

493. Dans tous les cas, et quand bien même

(1) Les alimens sont réglés par les articles 28 et 29.

l'insolvabilité du débiteur pourrait être constatée, si la condamnation prononcée, soit en faveur d'un particulier, soit en faveur de l'Etat, s'élève à trois cents francs, la durée de la contrainte doit être déterminée par le jugement de condamnation dans les limites fixées par l'article 7 de la présente loi (1).

Néanmoins, si le débiteur a commencé sa soixante-dixième année avant le jugement, les juges pourront réduire le minimum à six mois; et ils ne pourront dépasser un *maximum* de cinq ans.

S'il atteint sa soixante-dixième année pendant la durée de la contrainte, sa détention sera de plein droit réduite à la moitié du temps qu'elle avait encore à courir aux termes du jugement (art. 40).

Enfin les articles 19, 21 et 22 de la présente loi (2), sont applicables à la contrainte par corps exercée par suite de condamnations criminelles, correctionnelles et de police (art. 41).

CHAPITRE IV.

Dispositions relatives à la contrainte par corps en matière de deniers et effets mobiliers publics.

SOMMAIRE.

494. *Personnes qui sont soumises à cette contrainte.*
495. *Somme pour laquelle elle peut être prononcée.*
496. *Sa durée fixée par jugement, dans les limites déterminés par la loi.*

---

(1) Voyez *suprà*, n° 481 et n° 486.
(2) Voyez *suprà* même n° 481.

494. Sont soumis à la contrainte par corps, pour raison du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet constatés à leur charge, et dont ils ont été déclarés responsables,

1° Les comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics, et leurs cautions (1);

2° Leurs agens ou préposés qui ont personnellement géré ou fait la recette;

3° Toutes personnes qui ont perçu des deniers publics dont elles n'ont point effectué le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mobiliers appartenant à l'Etat, ne les représentent pas, ou ne justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit (art. 8 de la même loi).

Sont compris dans les dispositions de l'article précédent, les comptables chargés de la perception des deniers ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant aux communes, aux hospices et aux établissemens publics, ainsi que leurs cautions, et leurs agens et préposés ayant personnellement géré ou fait la recette (art. 9).

Sont également soumis à la contrainte par corps,

1° Tous entrepreneurs, fournisseurs, soumissionnaires et traitans qui ont passé des marchés ou traités intéressant l'Etat, les communes, les établissemens de bienfaisance et autres établisse-

---

(1) Ainsi, les cautions elles-mêmes sont de droit soumises à la contrainte par corps, comme les comptables pour lesquels elle ont répondu.

mens publics, et qui sont déclarés débiteurs par suite de leurs entreprises;

2° Leurs cautions, ainsi que leurs agens et préposés qui ont personnellement géré l'entreprise, et toutes personnes déclarées responsables des mêmes services (art. 10).

Sont aussi soumises à la contrainte par corps, tous redevables, débiteurs et cautions de droits de douanes, d'octrois et autres contributions indirectes, qui ont obtenu un crédit et qui n'ont pas acquitté à échéance le montant de leurs soumissions ou obligations (art. 11).

La contrainte par corps peut être prononcée, en vertu des quatre articles précédens, contre les femmes et les filles.

Elle ne peut l'être contre les septuagénaires (art. 12).

495. Dans les cas ci-dessus, la contrainte par corps n'a jamais lieu que pour une somme principale excédant trois cents francs.

496. Sa durée doit être fixée dans les limites de l'article 7 de la présente loi, paragraphe premier (1) (art. 13).

---

(1) C'est-à-dire d'un an au moins et de dix ans au plus. *Vide suprà*, n° 481.

CHAPITRE V.

De la contrainte par corps contre les étrangers.

SOMMAIRE.

497. Tout jugement qui intervient au profit d'un Français contre un étranger, doit emporter la contrainte par corps, à moins que la somme principale de la condamnation ne soit inférieure à cent cinquante francs, sans distinction entre les dettes civiles et les dettes commerciales (art. 14).

498. Avant même le jugement de condamnation, mais après l'échéance ou l'exigibilité de la dette, le président du tribunal de première instance dans l'arrondissement duquel se trouve l'étranger non domicilié, peut, s'il y a de suffisans motifs, ordonner son arrestation provisoire sur la requête du créancier français.

Dans ce cas, le créancier est tenu de se pour-

voir en condamnation dans la huitaine de l'arrestation du débiteur, faute de quoi celui-ci peut demander son élargissement.

La mise en liberté est prononcée par ordonnance de référé, sur une assignation donnée au créancier par l'huissier que le président aura commis dans l'ordonnance même qui autorisait l'arrestation, et, à défaut de cet huissier, par tel autre qui aura été commis spécialement (art. 15).

L'arrestation provisoire n'aura pas lieu, ou cessera, si l'étranger justifie qu'il possède sur le territoire français un établissement de commerce ou des immeubles, le tout d'une valeur suffisante pour assurer le paiement de la dette, ou s'il fournit pour caution une personne domiciliée en France et reconnue solvable (art. 16).

499. La contrainte par corps exercée contre un étranger en vertu de jugement pour dette civile ordinaire, ou pour dette commerciale, cesse de plein droit après deux ans, lorsque le montant de la condamnation principale ne s'élève pas à cinq cents francs ;

Après quatre ans, lorsqu'il ne s'élève pas à mille francs ;

Après dix ans, lorsqu'il ne s'élève pas à trois mille francs ;

Après huit ans, lorsqu'il ne s'élève pas à cinq mille francs ;

Après dix ans, lorsqu'il est de cinq mille francs et au-dessus.

S'il s'agit d'une dette civile pour laquelle un Français serait soumis à la contrainte par corps, les dispositions de l'article 7 sont applicables à l'étranger, sans que toutefois le *minimum* de la contrainte puisse être au-dessous de deux ans (art. 17).

Enfin, d'après l'article 18, le débiteur étranger condamné pour dette commerciale jouit du bénéfice des articles 4 et 6 de la présente loi. En conséquence, la contrainte par corps n'est point prononcée contre lui ou elle cesse dès qu'il a commencé sa soixante-dixième année.

Il en est de même à l'égard de l'étranger condamné pour dette civile, le cas de stellionat excepté.

500. La contrainte par corps n'est pas prononcée contre les étrangères pour dettes civiles, sauf aussi le cas de stellionat, conformément au premier paragraphe de l'article 2066 du Code civil, qui leur est déclaré applicable (art. 18).

Observations.

501. Quant au bénéfice de cession, qui est un moyen de libération de la contrainte par corps, comme nous en avons parlé, et avec étendue, au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, au tome XII, nº 241 et suivans, nous

nous contenterons de renvoyer le lecteur à ce que nous avons dit à cet égard, pour éviter d'inutiles répétitions.

FIN DU TITRE DE LA CONTRAINTE PAR CORPS.

TITRE XVII.

Du Nantissement.

Observations préliminaires.

SOMMAIRF.

502. *Ce qu'on entend par* nantissement.
503. *Ce contrat est un contrat* réel, *et* accessoire.
504. *Coup d'œil général sur le Droit romain en cette matière.*
505. *Deux sortes de nantissement, celui des meubles et celui des immeubles.*

502. Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur, ou un tiers pour lui, remet une chose au créancier pour sûreté de la dette (art. 2071 et 2077 combinés).

503. C'est donc un contrat accessoire, comme l'hypothèque, le cautionnement; mais la sûreté consistant dans la remise d'une chose, on voit tout de suite que c'est aussi un de ces contrats appelés en Droit, *contrats réels*, comme les deux espèces de prêt et le dépôt; à la différence de l'hypothèque, dans laquelle le débiteur conserve la posses-

sion de la chose qui en est affectée, et qui ne peut d'ailleurs exister, dans notre Droit, que sur des immeubles.

504. Dans le Droit romain, on ne connaissait, dans l'origine, que le gage proprement dit, et qui était constitué, comme chez nous, par la remise de la chose, à ce titre, au créancier. Mais plus tard, les édits des Préteurs, et l'interprétation qu'en firent les *prudents*, introduisirent de notables changemens à cet état de chose, en l'améliorant, suivant les besoins du temps.

Le Préteur *Servius* introduisit d'abord, par son édit, l'action *scrviana* qui prit ainsi son nom, suivant l'usage des Romains. Par cette action, le bailleur d'un héritage rural pouvait, pour le paiement des fermages, revendiquer, même contre les tiers, les fruits du fonds, lesquels étaient tacitement affectés auxdits fermages, et les objets que le fermier avait engagés à ce paiement, tandis que les seules dispositions du Droit civil ne donnaient pas ce droit au bailleur; et celui-ci avait par-là la préférence sur tous les autres créanciers, à l'exception toutefois de ceux qui avaient fait les frais funéraires du colon.

Ensuite, et par imitation, les *prudents* introduisirent l'action appelée *quasi-serviana*, qui fut attribuée au locateur d'une maison ou d'un logement, ou autre édifice de ville, pour le paiement des loyers, contre tout détenteur quelconque des

meubles que le locataire avait apportés dans la maison, et dont il avait disposé sans le consentement du locateur. Et, à la différence des meubles du colon, ceux du locataire étaient tacitement affectés au paiement du loyer : c'était un pacte tacite de gage, et que nous appelons *privilége* dans notre Droit.

On ne s'en tint pas là : on remarqua aisément que la constitution du droit de gage sur les immeubles était grandement entravée par la nécessité où était le débiteur de les livrer au créancier, pour qu'il les possédât, et pour qu'il pût de la sorte acquérir le *jus in re.* Ce ne devait être, en effet, qu'avec peine que les débiteurs consentaient à se dépouiller de la possession de leurs biens, qu'ils ne pouvaient plus cultiver personnellement, ni surveiller avec les mêmes soins ; les créanciers eux-mêmes n'avaient pas d'intérêt à se charger des embarras de la culture. On imagina donc de constituer un droit de gage sur les biens quoique la possession en restât dans la main du débiteur, et on appela cela *convention d'hypothèque*, ce qui produisit l'action hypothécaire, *actio hypothecaria;* et cette convention n'était rien autre chose qu'un *pacte prætorien*, mais produisant une action, tandis qu'en principe, les pactes n'en produisaient pas. Depuis lors, *pignus* et *hypotheca* signifièrent la même chose dans les effets; ce qui a fait dire au jurisconsulte Marcien, dans la loi 5, § 1, ff. *de Pignorib. et Hypoth. : Inter pignus et*

hypothecam, tantùm nominis sonus differt. Mais, comme l'observe très-bien Justinien dans ses Institutes, tit. *de Actionib.*, § 7, on appelle plus particulièrement *pignus* le cas où la chose est remise au créancier, surtout si c'est un meuble. L'hypothèque pouvait, du reste, subsister sur des meubles comme sur des immeubles, et dans les hypothèques générales ou de tous les biens, les meubles en étaient affectés comme les immeubles; tandis que chez nous, il n'y a que ce qu'on appelle des *priviléges* sur les meubles, et non des hypothèques; et les priviléges peuvent frapper les immeubles comme les meubles.

505. Mais on peut donner en nantissement des meubles et des immeubles, même des créances sur des tiers, comme on le verra plus bas.

Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle spécialement *gage.*

Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* (art. 2072).

Nous allons d'abord parler du gage proprement dit.

CHAPITRE PREMIER.

Du Gage.

SOMMAIRE.

506. Le gage veut être considéré sous un double point de vue : 1° relativement au droit du

créancier sur la chose qui lui est remise en nantissement, par rapport aux autres créanciers du débiteur; 2° relativement aux obligations résultant, soit directement, soit indirectement, du contrat entre les parties elles mêmes. Nous envisagerons d'abord le contrat de gage sous le premier rapport.

SECTION PREMIÈRE.

Du droit résultant du gage par rapport aux autres créanciers du débiteur.

SOMMAIRE.

507. *Différens sens du mot* gage.
508. *Privilége que le gage confère au créancier nanti; si c'est un privilége proprement dit.*
509. *S'il peut être primé par les priviléges généraux de l'art.* 2001.
510. *Conditions exigées pour l'existence de ce privilége.*
511. *Cas où ces conditions ne sont pas requises.*
512. *Elles ne sont exigées en aucun cas entre les parties elles-mêmes, ou leurs héritiers.*
513. *L'enregistrement de l'acte constatant le privilége ne peut avoir lieu utilement dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite du débiteur.*
514. *Si la preuve de la certitude de la date de l'acte sous seing privé peut résulter d'autres circonstances que de l'enregistrement, quant au privilége?*
515. *Si, en matière excédant* 150 *fr., la preuve de la constitution de gage pourrait avoir lieu par témoins dans le cas où il n'était pas possible aux parties de faire un écrit?*

516. *Le créancier qui a perdu l'acte de gage, dûment enregistré, peut prouver par témoins son droit de gage.*

517. *S'il est nécessaire que l'acte sous-seing privé soit fait en double original?*

518. *S'il y a nécessité de mentionner dans l'acte la date et la cause de la créance pour laquelle le gage est donné?*

519. Quid *si les créanciers d'un individu prétendent que leur débiteur a remis à quelqu'un des objets en gage sans que les formalités aient été observées pour constituer le privilége?*

520. *Si l'état des objets donnés en gage doit être aussi enregistré lorsqu'il ne se trouve pas dans l'acte même? Cet état doit être signé des parties, au moins du débiteur.*

521. *Comment les objets doivent être spécifiés dans l'acte ou dans l'état.*

522. *Le défaut de désignation suffisante d'objets compris dans le gage ne doit pas faire perdre au créancier son privilége sur ceux qui ont été suffisamment désignés; arrêt cependant qui a jugé le contraire dans un cas.*

523. *Si les formalités prescrites pour donner lieu au privilége en matière civile, sont également exigées en matière de commerce?*

524. *Le privilége peut également exister sur des créances, mais au moyen des formalités prescrites par la loi : ces formalités.*

525. *Il faut aussi que le titre de la créance donnée en gage soit remis au créancier.*

526. *Le créancier a bien le droit de recevoir les intérêts de la créance, si elle en produit, mais non la créance elle-même, à moins d'un pouvoir de celui à qui elle appartient.*

527. *Les tribunaux peuvent, d'après les présomptions de fait,*

décider que des effets au porteur ne sont qu'à titre de nantissement dans les mains de celui qui les détient.

528. *Pour qu'il y ait privilége, il faut que le gage ait été remis au créancier, et que celui-ci ne s'en soit pas dessaisi.*

529. *Le créancier a toutefois le droit de le revendiquer en cas de perte ou de vol.*

530. *Quelle est l'étendue de son action lorsque le gage qui lui a été enlevé est venu à périr : distinction à faire.*

531. *S'il est absolument nécessaire, pour que le créancier soit réputé posséder le gage, que la chose sorte des bâtimens du débiteur?*

532. *Le gage peut être fourni par un tiers pour le débiteur.*

533. *Distinctions à faire dans le cas où il a été donné par le non-propriétaire, sans le consentement du propriétaire.*

534. *Le créancier évincé de la chose donnée en gage peut dès-à-présent poursuivre son remboursement.*

507. Le mot *gage*, en Droit, se prend tantôt d'une manière générale, et tantôt d'une manière spéciale (1), et c'est sous ce dernier rapport qu'il est pris dans ce titre du Code; tandis qu'au titre *des Priviléges et Hypothèques*, il est employé dans le premier sens, pour établir, en principe, que *tous les biens* d'un débiteur sont le *gage commun* de ses créanciers, qui ont le droit d'être payés sur leur produit par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes de légitime préférence, c'est-à-dire des priviléges ou des hypothèques :

---

(1) Il se prend aussi tantôt pour le contrat, tantôt pour le droit du créancier, et tantôt pour la chose donnée en gage.

« Quiconque est obligé personnellement, est te-
« nu de remplir son engagement sur tous ses
« biens mobiliers et immobiliers, présens et à
« venir. *Tous* les biens du débiteur sont le *gage*
« *commun* de ses créanciers; et le prix s'en dis-
« tribue entre eux par contribution, à moins
« qu'il n'y ait entre les créanciers des causes lé-
« gitimes de préférence. Les causes de légitime
« préférence sont les priviléges et les hypothè-
« ques (art 2092, 2093 et 2094). » Au lieu que le gage pris dans son acception restreinte et toute spéciale, est le droit qu'a un créancier de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par préférence aux autres créanciers (art. 2073).

508. Cet article dit même par *privilége et préférence aux autres créanciers*, et toutefois cette cause de préférence n'est pas la même que celle d'où résultent les priviléges proprement dits, ceux que le Code qualifie ainsi; car, d'après l'article 2095, le privilége est un droit que la *qualité de la créance* donne à un créancier, d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires; tandis que la cause de la préférence résultant du gage n'est pas la qualité de la créance, puisque toute créance peut valablement être assurée par un gage; elle vient uniquement de la convention intervenue entre le débiteur et le créancier, avec la remise, à celui-ci, de la chose sur laquelle réside le gage. Au surplus, comme le résultat est

le même, cela explique l'emploi de ce mot *privilége*, appliqué au droit de gage, et suivi immédiatement de celui de *préférence*, comme si le législateur, par cette espèce de redondance, eût cru devoir caractériser encore davantage l'effet du droit de gage. Nous voyons même le gage formellement classé parmi les priviléges, dans l'article 2102 du Code, au titre *des Priviléges*.

509. Il est hors de doute que ce privilége du créancier gagiste ne peut être primé par des priviléges spéciaux sur des meubles, si ce n'est par celui de l'ouvrier qui aurait fait des frais pour la conservation de la chose depuis qu'elle a été remise au créancier, et par celui des frais de justice pour parvenir à la vente du gage, à défaut de paiement, et sauf aussi le droit de revendication accordé au locateur, par l'article 2102, s'il y a lieu. Mais quand il se présente des créanciers munis de priviléges généraux sur les meubles, les opinions sont partagées sur la question de savoir si ces créanciers doivent primer les privilégiés sur certains meubles seulement, par conséquent le créancier gagiste, comme ils priment, à défaut de mobilier, les privilégiés sur les immeubles (art. 2104 et 2105). Ce n'est point ici le lieu de discuter cette question; nous nous bornerons, quant à présent, à dire que l'article 2073 accordant formellement, et sans aucune limitation, la préférence au créancier nanti *sur les*

autres créanciers du débiteur, ce serait sans droit que les domestiques de celui-ci, et les fournisseurs, prétendraient devoir lui être préférés sur le produit du gage ; qu'il en est de même des frais généraux de justice, et peut-être aussi des frais funéraires eux-mêmes, malgré l'extrême faveur dont ils ont toujours joui. La possession des meubles, sous le Code, est généralement le titre le plus plus puissant, lorsqu'elle est de bonne foi ; elle l'emporte même, dans la plupart des cas, sur le droit de propriété lui-même (art. 1141 et 2279), et le droit de gage deviendrait facilement illusoire dans la main du créancier si une telle prétention devait prévaloir.

510. Ce droit du créancier, d'être payé sur la chose qui est l'objet du gage, par préférence aux autres créanciers, n'a lieu toutefois qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure (art. 2074).

On a voulu par là prévenir les fraudes, qui auraient pu facilement se commettre envers les autres créanciers du même débiteur, soit par la supposition d'une constitution de gage, soit quant au montant de la créance, soit enfin quant à la nature et la quantité d'objets affectés au paiement de cette créance.

511. Mais les motifs qui dispensent, en général, de rédiger par écrit les conventions qui n'excèdent pas cent cinquante francs (art. 1341), militant avec la même force pour ce cas, la loi ne prescrit la rédaction par écrit et l'enregistrement qu'en matière excédant cette somme (*ibid.*).

Quant à ces mots *en matière excédant cent cinquante francs*, ils se rapportent au montant de l'intérêt en conflit entre le créancier nanti et les autres créanciers. Si donc, pour sûreté d'un prêt de deux cents francs, le créancier n'a reçu en gage qu'un objet d'une valeur de cent francs seulement, ce qui ne sera pas ordinaire, mais enfin ce qui est possible, parce que le débiteur n'a pu fournir un gage d'une plus grande valeur, et néanmoins que le créancier voulait l'obliger, le privilége existera pleinement, quoiqu'il n'y ait pas eu d'écrit. L'intérêt du créancier nanti et celui des autres créanciers ne sont en effet en conflit que relativement à cette valeur de cent francs : ce n'est pas le montant de la créance qui est l'objet de la contestation, mais la valeur de la chose sur laquelle on veut exercer une préférence à leur égard. En sens inverse, le privilége doit aussi exister dans le cas où la créance est seulement de cent francs et que l'objet donné en gage est d'une valeur de deux cents et plus ; car l'intérêt du créancier nanti et celui des autres créanciers ne sont pareillement en conflit que pour une valeur qui n'excède pas cent cinquante fr. :

autrement il faudrait aller jusqu'à dire que ce privilége, faute d'un écrit, n'existe même pas sur l'objet de la plus modique valeur, parce que la créance serait de plus de cent cinquante francs, ce qui serait absurde, puisque le créancier peut toujours la restreindre à la valeur du gage, et que ce qui importe aux autres créanciers, c'est que le privilége ne s'exerce pas au-delà de cent cinquante francs, et de la somme due. D'ailleurs, la loi ne prescrivait pas au créancier de faire estimer la chose avant de la recevoir en gage, et il a pu croire qu'elle ne valait pas plus de cent francs, ou du moins pas plus de cent cinquante francs.

512. Comme, d'après l'article 2074 lui-même, ce n'est que pour l'exercice du privilége qu'un écrit est exigé en matière de cent cinquante fr., par conséquent par rapport aux autres créanciers, il suit de là qu'entre les parties elles-mêmes, l'existence de la convention de gage, et la réception de la chose à ce titre, peuvent être justifiées par tous les autres moyens de droit : par la correspondance des parties, par l'aveu du débiteur, par son refus de prêter le serment, même par la preuve testimoniale, si l'on était dans un cas où la loi l'admet; en conséqueence, et si la preuve était faite, le débiteur nepourrait retirer la chose avant d'avoir acquitté la dette.

Bien mieux, si le créancier nie avoir reçu un gage, c'est au débiteur à en faire la preuve, et il

ne pourrait la faire par témoins dans le cas où la chose réclamée excéderait la valeur de cent cinquante francs, qu'autant qu'il justifierait que le gage a été donné dans une circonstance où il n'était pas possible aux parties de faire un acte par écrit (art. 1341 et 1348 combinés).

Que si le créancier confesse avoir, à la vérité, reçu telle chose du débiteur, mais prétend qu'il l'a reçue à titre de dation en paiement ou de vente, et non à titre de gage, son aveu est indivisible (art. 1356); sauf au débiteur à prouver, par les moyens de droit, que c'est à titre de gage qu'il l'a remise.

513. On vient de voir que, lorsque l'acte est sous signature privée, il doit êtreenregistré; mais quand doit-il l'être? Le Code ne fixe pas d'époque, mais il est certain qu'il ne pourrait l'être utilement pour le créancier depuis la faillite du débiteur, ni même dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite; et il en serait de même de l'acte authentique. En effet, aux termes de l'article 443 du Code de commerce, nul ne peut acquérir de privilége sur les biens du débiteur dans ces dix jours, et évidemment ce serait par là acquérir un privilége, puisque sans l'enregistrement il n'y en avait pas. Et même hors le cas de faillite du débiteur, l'enregistrement qui n'aurait eu lieu que depuis une saisie-arrêt faite à la requête d'un autre créancier, ne pourrait être

opposé à ce dernier; il ne pourrait l'être qu'aux créanciers qui seraient venus saisir depuis la chose remise à gage.

514. Il ne paraît pas que le Code ait entendu admettre la preuve de la certitude de la date de l'acte sous seing privé autrement que par l'enregistrement, pour que le créancier puisse avoir son privilége : en sorte que la mort de l'un des signataires de l'écrit, ou l'insertion de cet écrit dans un acte authentique, ne suffirait point pour cela, quoique ces circonstances donnent aussi aux actes sous seing privé une date certaine à l'égard des tiers (art. 1328). En cette matière tout est de rigueur; la loi prescrivait l'enregistrement de l'acte, et il n'a pas eu lieu. L'omission d'une formalité prescrite par la loi pour la validité de la constitution d'une hypothèque, ou pour la validité de l'inscription, entraînerait assurément la nullité de l'hypothèque ou de l'inscription, quoique l'absence de cette formalité ne laissât néanmoins aucun doute sur le fait de la constitution ou de l'inscription, et quoique, par le fait, elle n'eût causé aucun tort à une autre personne; mais c'est parce qu'en matière d'hypothèque, tout est de rigueur : les divers créanciers combattant également pour éviter de perdre, la loi n'a voulu accorder la préférence qu'à ceux qui seraient dans un des cas prévus par elle, et qui auraient remplis les formalités qu'elle a prescrites

pour assurer cette préférence. Or, le droit de gage est de même nature, et puisque le Code prescrit l'enregistrement de l'écrit comme formalité, il faut que cette formalité soit aussi remplie pour que le créancier ait un privilége (1).

515. Pareillement, en matière excédant cent cinquante francs, la constitution de gage, et la remise de la chose à ce titre, ne pourraient être, à l'égard des autres créanciers, et par rapport au privilége, prouvés par témoins, à l'aide d'un commencement de preuve par écrit. Il en serait de même du cas où le créancier offrirait d'établir que cette convention et cette remise ont eu lieu dans une circonstance où il n'était pas possible de faire un acte; car le Code prescrivait d'en faire un, comme forme substantielle, pour assurer le privilége. D'ailleurs l'enregistrement, qu'il prescrivait aussi, manquerait dans ces cas. La preuve testimoniale serait bien admissible entre les parties, en vertu des articles 1347 et 1348, mais non à l'effet d'exercer le privilége, pour lequel la règle à suivre est la disposition de l'article 2074.

---

(1) M. Delvincourt était d'un sentiment contraire, parce que, disait-il, l'enregistrement n'est point exigé ici comme disposition bursale, mais simplement pour donner à l'acte une date certaine. Si donc il l'a d'ailleurs, *putà*, par la mort de l'un des signataires, le privilége a lieu.

Nous ne sommes pas de cet avis : nous regardons l'enregistrement de l'écrit, en matière excédant cent cinquante francs, comme une formalité constitutive du droit de gage.

516. Si toutefois le créancier, par l'effet de quelqu'accident imprévu et résultant d'une force majeure, avait perdu l'acte de gage, dûment enregistré, nul doute qu'il ne fût reçu à justifier de son droit envers tous par la preuve par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, et à exercer ainsi son privilége (art. 1348-4°).

517. Est-il nécessaire que l'acte sous seing privé fait pour constater la convention de gage et la remise des choses à ce titre, soit fait en double original? D'une part, on peut dire que l'article 2074 est muet à cet égard; qu'il parle seulement d'un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré; que le contrat dont il s'agit n'est point du nombre des contrats parfaitement synallagmatiques, et par conséquent qu'il ne semble pas que l'article 1325 lui soit applicable. D'autre part, on peut dire qu'un écrit est bien indispensable au créancier pour justifier de son privilége, et que le débiteur a besoin aussi d'en avoir un pour pouvoir justifier de la remise qu'il a faite des objets, et en réclamer la restitution, après avoir payé sa dette. Cela est vrai, mais cependant il n'en résulte pas que le contrat soit réellement synallagmatique dans son but, qui est de conférer un privilége au créancier : relativement à ce but, il n'y a rien de synallagmatique; il n'y a même point d'obligation, il n'y a qu'un droit, et ce droit est entièrement du côté du créancier;

or, ce n'est que par rapport à la constitution du privilége, que l'article 2074 exige un écrit. Les autres créanciers ne pourraient donc prétendre que l'acte est nul pour n'avoir pas été fait en double original, ou parce que les deux originaux qui auraient été faits ne contiendraient pas la mention qu'il a été fait double. Mais l'on sent que l'écrit doit être remis au créancier, et que la prudence commande au débiteur d'en avoir un double.

518. L'article prescrit bien de mentionner dans l'acte le montant de la somme due, mais il ne commande pas d'y mentionner la date ni même la cause de la créance, quoique cela eût dû paraître fort utile pour prévenir les fraudes, pour donner aux autres créanciers le moyen d'établir plus facilement que cette même créance a été éteinte depuis l'acte, soit par paiement, soit par compensation, prescription ou de toute autre manière, et que c'est à une nouvelle créance qu'on veut faire servir le gage. Quoi qu'il en soit, il n'y aurait pas lieu à prononcer la nullité de l'acte, et par suite celle du privilége, pour défaut de ces mentions; sauf aux autres créanciers à établir par tous les moyens de droit que la créance pour laquelle le gage avait réellement été donné, se trouve éteinte.

519. Si les créanciers d'un individu prétendent que celui-ci a remis à l'un d'eux des objets

en gage d'une valeur excédant cent cinquante francs, sans qu'il y ait eu d'écrit de fait, ou sans que celui qui aurait été fait ait été enregistré, il est certain, en cas de dénégation de ce créancier, que c'est à eux à faire la preuve de leur allégation; et ils ne pourraient la faire par témoins sans commencement de preuve par écrit, sur le prétexte qu'il n'a pas dépendu d'eux d'avoir une preuve écrite du fait qu'ils allèguent; car ils ne seraient dans aucun des cas où l'article 1348, bien appliqué, ouvre la preuve testimoniale sur ce motif. Elle présenterait les mêmes dangers que dans les autres cas. La déclaration affirmative du débiteur lui-même, à l'appui de leur demande, ne serait même généralement d'aucune considération.

Et si le créancier avouait, en effet, avoir reçu du débiteur certaines choses d'une valeur excédant cent cinquante francs, mais prétendait les avoir reçues en paiement de sa créance, ou les avoir achetées de lui, son aveu, comme indivisible (art. 1356), devrait être pris en son entier ou rejetté de même; sauf aux autres créanciers à justifier par les moyens de droit que la remise a été faite à titre de gage, gage nul dans l'espèce pour n'avoir pas été constitué par écrit. La possession fait présumer la propriété dans le possesseur, jusqu'à preuve du contraire (art. 2230), et, particulièrement en fait de meubles, la possession vaut titre (art. 2279) : donc c'est aux autres

créanciers à prouver que cette possession est à titre de gage, et non à titre de propriétaire. Et nous ne croyons pas non plus que, dans ce cas aussi, la preuve par témoins fût admissible sans commencement de preuve par écrit, à moins que des circonstances de la cause, il ne résultât des présomptions graves de la fausseté de l'allégation du défendeur, qui prétend avoir reçu la chose à titre de paiement ou d'achat, et non à titre de gage.

520. Comme l'état des objets donnés en gage doit être annexé à l'acte, lorsqu'il ne se trouve pas dans l'acte lui-même, il nous semble qu'il doit être aussi enregistré, si la valeur s'élève à plus de cent cinquante francs, quoique l'article 2074 ne le prescrive pas nominativement; car n'ayant, sans cela, aucune date certaine, on pourrait facilement faire fraude aux autres créanciers, par la substitution d'un nouvel état contenant plus d'objets, ou des objets d'une plus grande valeur.

Si l'acte est passé sous signature privée, l'état doit être signé du débiteur, pour la validité du privilége; autrement rien n'attesterait que les objets qui y sont compris sont bien ceux qui ont été donnés en gage. Mais il n'est pas de rigueur qu'il soit aussi signé par le créancier; cela n'est utile que pour la sûreté du débiteur, afin qu'il puisse, après avoir payé la dette, réclamer avec succès tous les objets réellement compris dans

l'état; et, pour cela, il convient même que cet état soit fait en double, afin que le débiteur en ait un, signé du créancier. Si l'acte lui-même, ainsi que cela a lieu ordinairement est fait en double original, on annexe un des doubles de l'état à chacun des doubles de l'acte de gage. Pour éviter toute difficulté, il vaut même mieux que chacune des parties signe l'un et l'autre double de l'état, comme l'un et l'autre double de l'acte; mais cela n'est pas absolument nécessaire. Si l'acte est reçu par notaire, l'état doit être signé par le débiteur et par le créancier, ou contenir leur déclaration qu'ils ne savent ou ne peuvent signer, et il est joint à la minute de l'acte.

521. Cet état, qu'il soit dans l'acte lui-même ou qu'il soit annexé à l'acte, doit, d'après notre article, contenir la désignation *de l'espèce et de la nature* des choses remises en gage ou de leurs *qualité, poids et mesure*, afin que les parties, par un concert frauduleux, n'en substituent pas d'autres d'une autre espèce, d'une plus grande valeur, ou n'en ajoutent pas à celles qui ont été affectées du droit de gage, en vue de préjudicier aux autres créanciers, et afin aussi que l'on sache bien ce que doit restituer le créancier nanti. Ainsi, il ne suffirait pas de déclarer dans l'acte, ou dans l'état qui y serait annexé, que tant de pièces de drap ont été données en gage; il faudrait spécifier la qualité du drap, puisqu'il y en a d'une

foule de sortes, et de valeurs bien différentes. Il existe à ce sujet un arrêt de la Cour royale de Paris, du 8 juin 1809, qu'il est utile de rapporter ici, d'autant mieux que nous croyons devoir le combattre comme ayant annulé le contrat de gage pour le tout, quoiqu'au nombre des objets livrés il y en eût qui fussent suffisamment spécifiés, ainsi que le reconnaissait la Cour elle-même.

522. Le sieur Duquesnoy, débiteur du sieur Roger, d'une somme d'environ 40,000 fr., donne à celui-ci en gage une bibliothèque d'environ 15,000 volumes de différens formats. L'acte constatant le gage fut fait sous signature privée, le 19 décembre 1807, et enregistré le 21 du même mois. La désignation des objets était ainsi conçue :

« Douze corps de bibliothèque de différentes « grandeurs, et environ quinze mille volumes de « différens formats, dont M. Lecler, libraire à « Paris, rédige en ce moment le catalogue, pour « qu'un exemplaire soit annexé au présent état. »

Avant la confection du catalogue, le sieur Duquesnoy disparut et fut déclaré en état de faillite.

Le gouvernement étant son créancier, l'agent du Trésor demanda la nullité de l'acte constatant la convention de gage, en se fondant sur l'article 2074 du Code. Il soutenait que, d'après cet article, l'énonciation générale *de bibliothèque, de volumes,* était insuffisante; qu'il fallait encore énoncer *l'espèce* des ouvrages, des formats, des

éditions; que l'on entendait par le mot *espèce*, ce qui était compris sous le *genre;* que dans un sens général, les livres propres à composer une bibliothèque doivent être considérés comme un genre d'ouvrages; que dans un sens plus particulier, ceux faits par tel auteur sur telle matière, doivent être considérés comme l'espèce comprise sous le genre; que c'était en ce sens que l'article 2074 devait être entendu, puisqu'il exige la déclaration de *l'espèce* et de la *nature* des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs *qualité, poids et mesure*, que la loi, en exigeant une désignation précise, avait eu pour but d'éviter les fraudes qui pourraient facilement se commettre en substituant des objets précieux à des choses de peu de valeur : fraudes qu'il serait impossible de vérifier, s'il y avait insuffisance dans la désignation; que, dans l'espèce, rien ne garantissait que l'on n'eût pas substitué des ouvrages d'un haut prix à d'autres de peu d'importance, et que l'on n'eût pas dénaturé ainsi, au préjudice des créanciers, une convention de gage, de droit purement civil, et pour laquelle toutes les formalités devaient être rigoureusement observées.

En première instance, ces raisons ne prévalurent pas, mais sur l'appel elles furent accueillies. « Attendu, a dit la Cour, que plusieurs « des objets donnés en gage n'ont point été dési- « gnés d'une manière conforme à la loi, notam- « ment l'article principal desdits objets, qui était

« la collection des livres composant la bibliothèque « de Duquesnoy, puisque l'acte de nantissement « ne contient aucune désignation de volumes de « cette collection, ni par la nature des ouvrages, « ni par leurs formats, éditions et autres signes de « leur valeur, et que le catalogue, qui aurait dû « être annexé à cet acte, n'a été dressé que posté- « rieurement à la faillite ; dit mal jugé, déclare « nul l'acte de nantissement, etc. »

Mais il nous semble que la Cour, tout en trouvant la désignation des objets insuffisante seulement pour la plus grande partie, aurait dû se borner à priver le créancier du droit de gage sur les objets non suffisamment désignés; car il est de principe que *utile per inutile non vitiatur*. Il paraît que, outre les livres, il y avait quelques autres objets, et il y avait notamment les douze corps de bibliothèque, qui devaient être d'une valeur assez importante, et à l'égard desquels il ne paraît pas que l'agent du Trésor alléguât insuffisance de désignation.

Sur le pourvoi en cassation de la part du sieur Roger, pour fausse interprétation de l'article 2074, est intervenu arrêt de rejet, en ces termes : « Attendu qu'il est seulement reconnu *en fait*, par « l'arrêt attaqué, que plusieurs articles, et no- « tamment celui de 15,000 volumes de livres, le « plus important des objets compris dans l'acte de « nantissement du 19 décembre 1807, ne se trou- « vaient point désignés suivant le vœu de l'article

« 2074 du Code civil ; que, d'après cela et *les cir-
« constances particulières*, la Cour d'appel *a pu*,
« *sans violer aucune loi*, déclarer nul, pour le tout,
« l'acte de nantissement dont il s'agit, rejette. Du
« 4 mars 1811. »

On ne peut pas dire, en effet, qu'il y ait eu une loi de violée, puisque la Cour d'appel avait pu apprécier *en fait*, et *d'après les circonstances particulières dela cause*, si la désignation des objets donnés en gage était ou non suffisante, et si le contrat de gage n'était pas infecté de simulation dans son ensemble, ce qui semblerait résulter *des circonstances particulières de la cause*, dont parle l'arrêt de rejet; mais nous n'en persistons pas moins à soutenir, en principe, que l'insuffisance de désignation de certains des objets donnés en gage ne doit point priver le créancier de son privilége sur ceux qui ont été suffisamment désignés.

523. Comme l'article 2084 porte que « les dis-
« positions ci-dessus ne sont applicables ni *aux*
« *matières de commerce*, ni aux maisons de prêt
« sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on
« suit les lois et les réglemens qui les concernent, »
s'est élevée la question de savoir si un écrit était nécessaire, en matière de commerce, pour assurer le privilége au créancier gagiste, dans un cas, bien entendu, où il s'agissait d'une valeur au-delà de cent cinquante francs. La Cour de cassation a jugé cette question pour l'affirmative, par arrêt

de cassation, en date du 5 juillet 1820, inséré au *Bulletin civil.*

Dans l'espèce, les syndics de la faillite de François Pascal avaient compris dans l'actif du failli vingt-quatre pièces de drap blanc, que ses livres de commerce et sa correspondance énonçaient avoir été remises par lui au sieur Fournier, en gage d'un billet de 2801 fr., mais sans qu'il eût été fait un acte revêtu des formalités exigées par l'article 2074 du Code civil.

Un jugement contradictoire du tribunal de commerce de Lodève, fondé sur le défaut d'acte public ou sous seing privé, condamna Fournier, même par corps, à remettre lesdites vingt-quatre pièces de drap, ou 2999 fr. pour leur valeur; mais sur l'appel interjeté par Fournier, ce jugement fut réformé, par arrêt de la Cour de Montpellier, en date du 6 mai 1818, par ces motifs : 1° que le nantissement était légalement prouvé par le genre de preuves admises en matière commerciale; 2° que l'article 2084 du Code civil excepte formellement les matières commerciales des dispositions de l'article 2074; 3° que l'article 95 du Code de commerce n'obligeant que les commissionnaires à l'exécution de l'article 2074 du Code civil, laissait tous autres créanciers nantis, en matière commerciale, dans les termes du droit commun touchant ces matières.

Les syndics de la faillite Pascal s'étant pourvus en cassation, ont dit, sur le premier motif de

l'arrêt de Montpellier, que, si le nantissement était légalement *prouvé*, il n'était pas établi qu'il eût été fait dans les formes exigées par la loi pour lui faire produire privilége au préjudice des tiers; ce qui était très-vrai.

Sur le deuxième motif, ils ont dit qu'à la vérité l'article 2084 du Code civil porte que les dispositions précédentes ne sont pas applicables aux matières commerciales, mais que ce même article ajoute qu'on suit les lois du commerce; or, ces lois (art. 8 du titre VI de l'ordonnance de 1673) voulaient même qu'il y eût toujours un acte passé devant notaires, *avec minute*, à la différence du Code civil, qui se contente d'un acte sous seing privé dûment enregistré.

Sur le troisième motif, ils ont fait observer que les effets du nantissement, lorsqu'il est revêtu des formes prescrites par l'article 2074 du Code civil, ne sont pas le droit commun, mais l'exception à ce droit, exception qui ne peut être invoquée que par les créanciers nantis qui s'y sont conformés.

Ces observations, fondées sur le texte précis de la loi, ne pouvaient manquer d'être accueillies : aussi l'ont-elles été par l'arrêt suivant :

« Considérant qu'aux termes des articles 2073 « et 2074 du Code civil, le privilége résultant du « nantissement n'a lieu qu'autant qu'il a été fait « par acte public, ou sous seing privé dûment « enregistré ;

« Que cette disposition du Code civil, con- « forme à ce qui était prescrit dans l'ancienne « législation commerciale par l'art. 8 du titre VI « de l'ordonnance de 1673, est maintenant ap- « plicable à tous les nantissemens sans distinc- « tion, comme toutes les lois composant le Code » civil le sont dans tous les cas où il n'y a pas été « dérogé par une loi spéciale;

« Que la preuve que cette disposition du Code « civil est maintenant applicable aux nantisse- « mens en matière commerciale, résulte encore, « *soit* de ce que l'exception qui, dans l'art. 2084, « avait été faite aux articles 2073 et 2074, relative- « ment aux lois particulières au commerce dont « il ordonnait l'exécution, est devenue sans ob- « jet par l'abrogation que l'article 2 de la loi du « 15 septembre 1807 a prononcé des lois ancien- « nes du commerce; *soit* de ce que le Code de « commerce, qui a remplacé ces lois anciennes, « et qui a été promulgué postérieurement au « Code civil, ne contient ni exception ni déroga- « tion aux articles 2073 et 2074 dudit Code; *soit* « enfin de ce qu'après avoir statué, par l'article « 535 du Code de commerce, que les seuls créan- « ciers *valablement* nantis auront privilége, le lé- « gislateur a déclaré, dans l'article 95 du même « Code, que les commissionnaires résidant dans « le même lieu que leur commettant n'auraient « privilége sur les marchandises déposées et con- « signées qu'en se conformant aux dispositions

« prescrites par le Code civil pour les prêts sur
« gage ou nantissemens;

« Que de là il suit qu'en accordant au sieur
« Réné Fournier le privilége d'être payé avant les
« autres créanciers sur le prix des vingt-quatre
« pièces de drap qui lui avaient été remises en
« nantissement par François Pascal, quoique n'y
« ayant pas eu d'acte public ou sous seing privé
« de ce nantissement, et qu'ainsi Fournier ne
« fût pas *valablement* nanti, la Cour royale a fait
« une fausse application tant de l'article 2084 du
« Code civil que de l'article 109 du Code de com-
« merce, sur lesquels elle a motivé sa décision,
« et expressément violé les articles 2073 et 2074
« du Code civil, et l'article 535 du Code de com-
« merce;

« Par ces motifs, la Cour casse et annule l'ar-
« rêt de la Cour royale de Montpellier, du 6 mai
« 1818; etc. »

Nous ajouterons à ces motifs, que l'article 2084 du Code civil, en disant que les dispositions précédentes ne sont point applicables aux matières de commerce, a eu en vue, non pas les conventions de nantissement proprement dit, mais divers droits de gage particuliers au commerce, et pour lesquels, en effet, les formalités prescrites par ces articles ne sont pas exigées; tel est notamment le cas prévu à l'article 93 du Code de commerce, cas dans lequel il existe un privilége analogue dans sa cause à celui qui résulte du

contrat de gage proprement dit, et qui avait lieu également dans les anciennes lois sur le commerce.

524. Le privilége peut également exister sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, mais il faut aussi que le contrat de gage soit fait par acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, et qu'il soit signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 2075).

Cet article ne distingue pas, comme le précédent, entre le cas où la matière serait ou non au-dessus de cent cinquante francs; il prescrit d'ailleurs de faire au tiers débiteur de la créance donnée en gage une signification de l'acte de gage : d'où il suit que quelle que soit la somme, il faut nécessairement un acte, sinon pour l'effet du gage entre les parties, c'est-à-dire pour que le débiteur ne puisse retirer son titre avant le paiement de sa dette, du moins pour assurer un privilége au créancier, et pour empêcher le tiers de se libérer envers son propre créancier. C'est cette signification qui saisit le créancier gagiste vis-à-vis du tiers, comme, aux termes de l'article 1690, elle saisit un cessionnaire vis-à-vis du débiteur de la créance cédée.

Mais comme une acceptation par acte authentique de la part du débiteur saisit aussi bien un cessionnaire à son égard et à l'égard des tiers, que le ferait une signification du trans-

port à ce débiteur, il faut conclure de là que, si celui sur qui la créance est donnée en gage intervient dans le contrat de gage par acte public, et l'accepte, ou s'il l'accepte depuis, et aussi par acte authentique, le but de la loi est parfaitement rempli, comme si l'acte de gage lui eût été signifié : acceptation par acte authentique a toujours valu signification.

525. Il faut toutefois que le titre de la créance soit remis entre les mains du créancier, ainsi que l'a jugé la Cour de Liége, par arrêt du 15 mai 1810 (1). En effet, la signification au tiers débiteur de la créance donnée en gage n'est pas par elle-même constitutive du droit de gage; le but de cette signification est d'empêcher le tiers de se libérer en payant à son créancier, comme le ferait une saisie-arrêt : pour constituer réellement le droit de gage, il faut la possession ou détention, par le créancier, de la chose qui y est soumise; et comme le titre de la créance la représente, par la possession du titre, le créancier gagiste possède la créance, autant qu'il est possible de posséder une chose incorporelle, purement intellectuelle.

526. Cette possession, du reste, ne donne pas au créancier le droit de toucher le montant de la

(1) Sirey, 1811-2-54.

créance, si ce n'est toutefois les intérêts, au cas où elle en produirait (art. 2081); il lui faudrait, pour toucher le capital, un pouvoir, et ce pouvoir, quoique donné par le contrat de gage, serait généralement révocable : autrement, l'acte aurait plutôt les caractères d'une cession ou d'une délégation de créance, que le caractère d'un contrat de gage. Si le tiers débiteur veut se libérer, et que le créancier n'ait pas reçu le pouvoir de toucher le montant de la créance, il peut consigner, à la charge des droits du créancier gagiste. Il peut aussi faire le paiement à son créancier en présence du créancier gagiste, qui prend les fonds en paiement de sa propre créance, jusqu'à due concurrence; et ce dernier ne peut se refuser de produire à cet effet le titre qui lui a été donné en gage. Si cela ne faisait pas un paiement complet de sa créance, et qu'il ne voulût pas recevoir ce paiement partiel, alors le tiers débiteur consignerait, à la charge des droits de ce créancier gagiste.

527. Quoique l'article 2279 du Code civil dispose qu'en fait de meubles la possession vaut titre, les juges du fond peuvent néanmoins décider, d'après les circonstances et présomptions, que des effets au porteur ne sont entre les mains d'un commerçant qu'à titre de nantissement et non de propriété; car, pour déterminer les caractères d'un acte, il faut examiner ce qu'ont

fait et voulu faire les parties; or, l'appréciation des faits et des circonstances qui conduisent à ce résultat est dans le domaine du juge du fond. Et ce nantissement est nul s'il n'a pas été constitué suivant les formalités prescrites (2).

528. Dans tous les cas dont nous venons de parler, le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties (art. 2076). Comme ce n'est point un privilége qui résulte de la *qualité de la créance*, mais bien une préférence fondée sur la possession de la chose, cette possession est indispensable et pour l'établissement et pour la conservation du privilége : en sorte que toute remise volontaire de la chose par le créancier au débiteur ferait perdre par cela même le privilége.

529. Mais l'on sent que si le débiteur usait de fraude ou de surprise pour se ressaisir de la chose engagée, le créancier pourrait la revendiquer. Il pourrait également la revendiquer si elle lui avait été volée par un tiers, ou s'il l'avait perdue, et il le pourrait pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, par argument de l'article 2279. Mais si celui contre lequel serait exercée

---

(1) C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 3 avril 1823, cité au Répertoire de M. Favard de Langlade, au mot *Nantissement*, n° VI.

la revendication avait acheté la chose dans un marché ou dans une foire, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant choses pareilles, le créancier gagiste ne pourrait se la faire restituer qu'à la charge de rembourser le prix qu'elle a coûté (art. 2280).

530. Si la chose détournée par le débiteur était venue à périr dans sa main, le créancier ne pourrait lui demander que le paiement de la dette, les intérêts et les frais, s'il en était dû, et les dépenses qu'il avait faites pour la conservation de la chose au temps où elle lui a été enlevée. Mais si c'est contre un tiers que la revendication est exercée (dans les cas où elle peut l'être) et que la chose ait péri dans sa main, le créancier peut conclure contre lui au paiement de la valeur de la chose, ainsi qu'aux dépenses qu'il a faites pour la conserver, attendu qu'il est tenu envers le débiteur de lui remettre l'excédant de valeur de l'objet sur le montant de la dette (1).

531. Est-il absolument nécessaire, pour que le créancier soit constitué en possession du gage, que la chose sorte des bâtimens du débiteur, dans le cas où elle y serait au temps du contrat? Nous ne le pensons pas : d'après l'article 1606, la délivrance des effets mobiliers s'opère par la re-

---

(1) Voyez la L. 21, § 3, ff. *de Pignor. act.*

mise des clés des bâtimens qui les contiennent, et par là, bien certainement, l'acheteur est constitué en *possession*, puisque la délivrance est le transport de la chose vendue en la *puissance et possession* de l'acheteur (art. 1604). Par exemple, si mon débiteur me donne cent pièces de vin en gage contenues dans sa cave, dont il me remet la clé, on ne voit pas pourquoi ce gage ne serait pas valable ; la loi n'a pu vouloir obliger les parties à faire des frais considérables de transport, pour les objets d'un grand poids. Je *possède* la chose, puisque, ayant la clé de la cave, je puis seul y aller. Ce qui ferait incontestablement regarder un acheteur comme possesseur réel, et donnerait lieu, à son profit, à l'application de l'article 1141 (par le rapprochement de cet article avec l'article 1606), doit faire également considérer un créancier gagiste comme étant, en pareil cas, constitué en possession du gage ; sauf aux autres créanciers tous moyens de droit propres à établir que le gage n'est que simulé. La rédaction d'un acte et son enregistrement, en matière au-dessus de cent cinquante francs, sont d'ailleurs une puissante garantie de la sincérité du contrat.

532. Le droit de gage pouvant conduire à l'aliénation de la chose, à défaut de paiement de la dette, il suit de là que le gage ne peut régulièrement être donné que par le propriétaire. Toutefois un tiers propriétaire peut aussi le donner

pour le débiteur (art. 1077), soit en s'obligeant personnellement comme caution, soit sans s'obliger lui-même.

533. S'il a été donné par le non propriétaire, et sans le consentement du propriétaire, le débiteur ne peut pas pour cela le retirer (1), mais quant aux effets du gage par rapport au propriétaire, il faut distinguer : ou le créancier n'était pas de bonne foi, ou il était de bonne foi : dans le premier cas, le contrat est nul, en ce sens que le propriétaire de la chose peut la revendiquer contre le créancier tout aussi long-temps qu'il pourrait la réclamer de celui qui l'a donnée en gage. Dans le second cas, il faut sous-distinguer : ou la chose a été volée au propriétaire ou perdue par lui, ou il n'est arrivé ni l'un ni l'autre de ces cas fortuits : dans la première hypothèse, le propriétaire a le droit de la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, à la charge par lui de rembourser au créancier gagiste, ce qu'elle a coûté au débiteur, si celui-ci l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un individu vendant choses pareilles (par argument des articles 2279 et 2180); car le créancier exerce à cet égard le droit que pourrait exercer son débiteur, si c'était contre lui que la revendication eût lieu

(1) Voyez la L. 9, § 4, et la L. 22, § 2, ff. *de Pignorat, act.*

en pareil cas. Bien mieux, quand bien même le débiteur n'aurait pas acheté la chose dans l'une de ces circonstances, le propriétaire ne pourrait se la faire restituer par le créancier, qu'à la charge de lui rembourser ce qui lui est dû, si ce créancier l'avait reçue en gage, de bonne foi, d'un individu faisant alors commerce de choses pareilles; sauf son recours contre le débiteur dont il aurait ainsi payé la dette, et qui ne pouvait lui opposer une semblable exception. Dans la seconde hypothèse, où la chose n'a été ni perdue ni volée, et où nous supposons aussi le créancier de bonne foi, le propriétaire ne peut la réclamer du créancier qu'autant qu'il pourrait la réclamer de celui-là même qui l'a donnée en gage, par exemple, parce qu'il la lui avait prêtée, et, en outre, à la charge de rembourser au créancier le montant de ce qui lui serait dû; sauf pareillement son recours contre le débiteur, qu'il aurait de la sorte libéré.

534. Lorsque le créancier est évincé du gage, et que d'ailleurs il l'avait reçu de bonne foi, il peut dès à présent poursuivre le paiement de sa créance, parce que le débiteur est déchu du bénéfice du terme, les sûretés du créancier n'existant plus (art. 1188). Si cependant le débiteur était lui-même de bonne foi, il pourrait être admis à fournir un autre gage qui présenterait au créancier autant de sûreté que le premier, par argument de l'article 2131.

SECTION II.

Des droits et des obligations qui naissent du contrat de gage entre les parties elles-mêmes.

SOMMAIRE.

535. *Différens cas où les obligations ordinaires résultant du gage peuvent avoir lieu quoique le gage n'ait pas été régulièrement constitué.*

536. *La possession du gage n'est qu'un dépôt dans la main du créancier, qui ne peut se l'attribuer à défaut de paiement : ses droits dans ce cas.*

537. *Nullité de toute convention qui autoriserait le créancier à disposer du gage autrement que ne le permet le Code ; mais la vente à lui faite par le débiteur depuis le contrat est valable.*

538. *Constitution de gage faite sous la couleur d'une vente à réméré, ne peut valoir que comme gage : conséquences.*

539. *Nullité de la clause qui interdirait au créancier de vendre le gage à défaut de paiement à l'échéance.*

540. *La perte du gage arrivée par cas fortuit concerne le débiteur.*

541. *Mais le créancier est responsable de ses fautes.*

542. *Le débiteur, de son côté, doit faire raison des dépenses faites par le créancier pour la conservation du gage.*

543. *Le créancier ne peut se servir de la chose donnée en gage, sans la permission du débiteur.*

544. *Imputation sur les intérêts de la créance, et ensuite sur le capital, des intérêts produits par celle qui a été donnée en gage, et obligation du créancier de restituer les autres fruits que la chose a pu produire.*

545. *Le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage avant*

d'avoir payé intégralement la dette, capital et accessoires.

546. *Analyse de la seconde disposition de l'article* 2082, *touchant le cas où une nouvelle dette a été contractée par le même débiteur envers le même créancier.*

547. *Cette disposition n'a pas pour effet d'attribuer au créancier le privilége aussi pour la nouvelle dette, si les formalités pour le conférer n'ont pas été observées.*

548. *Suite des développemens de cette même disposition.*

549. *Le gage est indivisible dans ses effets : conséquences.*

550. *Suite.*

551. *L'action personnelle du débiteur contre le créancier à raison du contrat de gage, se prescrit par trente ans : conséquences.*

552. Secùs *de l'action réelle ou en revendication, attendu que le créancier ne peut acquérir la proprieté de la chose tant qu'il possède à titre précaire : conséquences.*

553. *Si, sous le Code, la prescription de l'action du créancier court contre lui tant qu'il est nanti du gage.*

554. *Disposition particulière.*

535. Nous avons vu à la section précédente quel est le droit que le gage donne au créancier vis-à-vis des autres créanciers du débiteur; maintenant nous allons parler des droits et des obligations qui naissent directement ou indirectement du contrat entre les parties elles-mêmes, ou leurs héritiers.

Il faut d'abord remarquer que ces droits et ces obligations pourraient également, ainsi que nous l'avons dit plus haut, avoir lieu dans le cas même où quelqu'obstacle s'opposerait à la naissance du droit *réel* ou privilége, parce que les formes con-

stitutives de ce privilége n'auraient pas été observées (art. 2071 et 2074 combinés), ou parce que le constituant n'avait pas le pouvoir d'engager la chose (1), ou enfin parce qu'il n'existait réellement pas de créance à laquelle la chose pût être engagée (2). Dans ce dernier cas, en effet, le créancier n'est pas moins tenu à la restitution de la chose en vertu même de la convention de gage.

536. La possession du gage n'est dans la main du créancier qu'un dépôt assurant son privilége (art. 2079), et par conséquent celui-ci ne peut, même à défaut de paiement, en disposer en aucune manière; il peut seulement faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères (art. 2078).

Il a bien le droit de conclure à l'un ou à l'autre de ces partis, à son choix, mais nous croyons que c'est à la justice à ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur; sauf cependant que si les frais de la vente aux enchères paraissaient devoir ne pas laisser une somme suffisante pour payer intégralement le créancier, le tribunal devrait accueillir la demande de celui-ci tendant à ce que le gage lui demeurera en

---

(1) L. 9, § 4, et L. 22, § 2, ff. *de Pignorat. act.*
(2) L. 11, § 2, ff. *de Pignorat. act.*

paiement, jusqu'à due concurrence, d'après l'estimation qui en sera faite par experts; autrement ce serait l'exposer à perdre, sans avantage réel pour le débiteur lui-même.

Puisque c'est par justice que le créancier doit faire ordonner de la disposition du gage, il est clair que le débiteur doit être appelé, quoique l'article ne le dise pas textuellement; car il serait possible que la créance ne subsistât plus, en tout ou partie, ou qu'une prolongation de terme eût été accordée au débiteur, et il faut bien que celui-ci soit entendu dans les moyens qu'il pourrait faire valoir.

Mais, d'un autre côté, le droit de gage ne fait pas préjudice au droit commun que pourrait avoir en sa faveur le créancier : en conséquence, s'il avait un titre en forme exécutoire, il ne serait pas plus obligé de s'adresser à la justice pour faire vendre les objets qu'il a reçus en gage, que pour faire vendre les autres meubles de son débiteur : seulement il devrait remplir les formalités prescrites pour la saisie-exécution, c'est-à-dire faire faire un commandement au débiteur un jour au moins avant la saisie, etc.

537. Dans la vue de prévenir les conventions usuraires, la loi déclare nulle toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus (2078)

Cette nullité, introduite par Constantin, dans

la loi dernière, Cod. *de Pactis pignor.*, a pour effet, disons-nous, de prévenir les fraudes de certains créanciers qui, en ne donnant qu'une très-modique valeur à la chose engagée, trouveraient par là le moyen de se procurer un intérêt excessif. Mais il a été reconnu, dans la discussion sur le projet de loi, que la vente faite par le débiteur au créancier avant ou après l'échéance de la dette, était valable, quoiqu'il n'ait pas échappé à la pénétration des orateurs qui ont pris part à cette discussion, qu'une telle vente, dans beaucoup de cas, ne puisse donner lieu à la fraude de la part de quelques créanciers, qui peuvent facilement abuser de la position du débiteur pour s'approprier le gage à un prix bien au-dessous de sa valeur; mais, a-t-on dit, ce sont de ces inconvéniens qu'il est à peu près impossible de prévenir, et l'on a mieux aimé ne pas établir formellement la prohibition, que de porter à ce sujet une disposition si facile à rendre illusoire en matière de meubles.

538. Toutefois, l'on raisonnait dans l'hypothèse d'une vente faite avant ou depuis l'échéance de la dette, dans l'hypothèse d'un contrat de gage réel dès le principe; mais si, comme il n'arrive que trop souvent, les parties, tout en voulant faire un contrat de prêt sur gage au fond, ont déclaré faire une vente à réméré, et que la simulation soit avouée ou prouvée, il n'est pas douteux que le contrat ne doive être considéré comme un simple con-

trat de gage, par conséquent, que le débiteur ne puisse, en payant sa dette, retirer la chose même après l'expiration du délai fixé pour le réméré; que le créancier n'en puisse disposer que de la manière exprimée à notre article, et même que le privilége n'existe point, faute de l'accomplissement des formalités; car c'est à ce qu'ont réellement voulu les parties qu'on doit s'attacher, plutôt qu'aux termes dont elles se sont servies : *sermo rei, sed non res sermoni, subjicitur.*

Mais si la simulation n'est point avouée, à quels signes la reconnaître? Il faut convenir que cela n'est pas sans difficulté dans beaucoup de cas. Néanmoins, comme les tribunaux sont bien obligés souvent de la rechercher et de la constater, pour annuler des actes qui en sont infectés, ou pour en rétablir les véritables caractères, ils agiront de même dans le cas en question. Ils se détermineront par les présomptions et les circonstances de la cause, qui peuvent varier à l'infini: la position respective des parties, la nature des opérations habituelles de celui qui a reçu la chose, seront surtout à considérer; car s'il a reçu des choses dont il ne faisait nullement commerce, tandis qu'il était dans l'habitude de prêter à intérêt, on pourra facilement induire de ces circonstances qu'il a entendu faire un prêt sur gage plutôt qu'un achat sous condition de réméré, surtout encore s'il était avoué ou prouvé qu'il s'était réservé la faculté de rendre la chose en ré-

pétant la somme qu'il a comptée. De plus, si étant déjà créancier lors de la réception de la chose, il avait conservé son titre, quoique sa créance eût dû être éteinte en totalité par le prix de cette prétendue vente à réméré, ce serait une circonstance contre lui, puisqu'il n'avait pas besoin de conserver le titre d'une créance éteinte, le vendeur ne pouvant exercer le réméré qu'à la charge de rembourser le prix de vente.

539. Les lois romaines (1) prévoyaient le cas où il serait convenu entre les parties, lors du contrat ou depuis, que le créancier ne pourrait, à défaut de paiement, vendre le gage. Cette clause n'avait pas pour effet d'empêcher absolument le créancier de vendre, car elle eût été alors contraire à l'essence du droit de gage, puisqu'elle aurait privé le créancier de la sûreté effective qu'il devait lui procurer; mais elle avait pour effet de l'obliger à faire trois sommations au débiteur, au lieu d'une seule qui se faisait ordinairement, et ce n'était qu'après la troisième que la vente pouvait avoir lieu. Nous ne croyons pas qu'une pareille clause eût même cet effet dans notre Droit : elle serait réputée non écrite, comme contraire à la nature du droit de gage, et le créancier pourrait toujours procéder comme il est dit à notre article

---

(1) *Vide* notamment la L. 4, ff. *de Pignorat. act.*, et les *Sentences* de Paul, *lib.* 2, *tit.* 13, § 7.

2078; sauf au tribnnal à accorder un terme de grâce au débiteur, en considération de sa position, conformément à l'article 1244, et à surseoir, en conséquence, à la vente du gage; ce qu'il peut faire assurément aussi, quoique la clause dont il s'agit n'existât pas dans le contrat.

540. Puisque le gage n'est qu'une espèce de dépôt dans la main du créancier, pour assurer son privilége vis-à-vis des autres créanciers, et son paiement à l'égard du débiteur, il suit de là que ce dernier, ou celui qui a donné le gage pour lui, en demeure propriétaire jusqu'à l'expropriation opérée de l'une des manières exprimées ci-dessus, ou jusqu'à la vente qui en aurait été faite de gré à gré. Par conséquent, si la chose est venue à périr par cas fortuit, et sans la faute du créancier, elle a péri pour celui qui l'a donnée en gage, suivant le principe *res perit domino.*

541. Mais le créancier répond, selon la règle établie au titre *des Contrats et des obligations conventionnelles en général*, de la perte ou de la détérioration du gage qui serait survenue par sa faute ou sa négligence (art. 2080). Et comme le contrat est dans l'intérêt des deux parties, le créancier est responsable de la faute moyenne, suivant le principe posé dans la loi 5, § 2, ff. *Commodati*, que nous avons eu occasion d'appliquer plus d'une fois (1).

(1) Voyez tome x, n° 407 et suivans.

542. De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage (*ibid.*); et c'est ce qui donne au contrat le caractère de contrat synallagmatique, mais imparfait, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Il doit tenir compte des dépenses réellement nécessaires, jusqu'à concurrence de leur montant, pourvu que le créancier n'ait pas dépensé au-delà de ce qu'un bon père de famille eût dépensé en pareil cas; et le montant de ces dépenses lui est dû quand bien même la chose serait ensuite venue à périr, si elle a péri sans sa faute, car le débiteur les aurait faites, et en les faisant, le créancier a été son *negotiorum gestor.* Mais pour les dépenses simplement utiles ou d'amélioration, le créancier ne peut en réclamer le montant que jusqu'à concurrence seulement de la plus-value qu'en a reçue la chose; et même généralement il doit s'abstenir d'en faire de cette nature sans le consentement du débiteur, auquel cas on aurait égard à leur convention à ce sujet. *Voyez*, quant à cette distinction entre les dépenses dites nécessaires et les dépenses simplement utiles faites sur le gage, les L. 16, § 1, L. 32, L. 36 et L. 41, ff. *de Pignor. act.*, et L. 22, ff. *de Pignor. et Hypothec.*

543. Le gage n'étant qu'un dépôt entre les mains du créancier, celui-ci n'a pas le droit de se servir de la chose sans le consentement du dé-

biteur ; mais ce consentement pourrait se présumer en certains cas, suivant la nature de la chose et les circonstances du fait, toutefois moins facilement qu'en matière de dépôt proprement dit.

544. S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance produise des intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus (art. 2079); ce qui prouve qu'il a le droit d'en recevoir le paiement, ainsi que nous l'avons dit plus haut, quoiqu'il n'ait pas le droit de recevoir le paiement de la dette elle-même sans un pouvoir à cet effet du débiteur. Les intérêts sont des accessoires, auxquels par cela même s'étend le droit de gage ; et d'ailleurs, comme ils se prescrivent par un temps fort court (art. 2277), et que le débiteur, qui n'a pas le titre, ne pourrait les toucher, si le tiers ne voulait pas les lui payer de gré à gré, il y a présomption qu'il a donné pouvoir au créancier pour les toucher à sa place, mais à la charge pour celui-ci de les imputer sur ceux qui pourraient lui être dus.

Si la dette pour laquelle la créance a été donnée en gage ne produit point elle-même d'intérêts, l'imputation se fait sur le capital (même art. 2079); et si elle en produit, mais de moindres que ceux de la créance donnée en gage, l'imputation de la différence a lieu également sur le capital ; comme, en sens inverse, si c'est la créance donnée en gage qui produit les moindres intérêts, il

ne se fait compensation que jusqu'à due concurrence, d'après les principes en matière de compensation.

Si la chose donnée en gage a produit quelques fruits, par exemple une vache ou une jument qui a mis bas chez le créancier, celui-ci a bien également son droit de gage sur cet accessoire (1), mais il doit le restituer avec le principal, à moins qu'il ne soit venu à périr sans sa faute. Et il devrait le restituer, s'il existait, quand bien même le principal lui-même serait venu à périr par cas fortuit, en vertu du principe *quod ex re meâ restat, meum est.*

545. La sûreté du créancier consistant dans la possession du gage, il suit de là que le débiteur ne peut, à moins que le créancier n'en abuse, en réclamer la restitution, qu'après avoir entièrement payé, tant en capital qu'intérêts et frais, la dette pour laquelle il a été donné (art. 2082).

546. Bien mieux, s'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourrait être tenu de se dessaisir du gage avant d'être payé

---

(1) L. 3, Cod. *in Quib. causis pignus*, etc., et L. 13, ff. *de Pignorib. et hypothec.*

entièrement de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde (*ibid.*).

Cette disposition, tirée de la loi unique, Cod. *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri*, était plus étendue dans le Droit romain, où il suffisait, pour qu'elle fût applicable, qu'il y eût une autre dette entre les mêmes parties, quand bien même cette autre dette aurait été antérieure à celle pour laquelle le gage avait été donné, et qu'elle aurait été payable après celle-ci.

Les rédacteurs du Code civil, en l'adoptant, mais en en restreignant toutefois les effets dans de justes bornes, ont raisonnablement supposé que les parties ont tacitement étendu l'effet du gage, du moins entre elles, à la nouvelle dette. Mais pour que cette supposition puisse avoir une base raisonnable, il faut que cette nouvelle dette ait été contractée personnellement par le même débiteur, et envers le même créancier aussi personnellement : d'où il suit que la disposition cesse d'être applicable si la nouvelle dette, quoique due par le même débiteur, et devenue exigible avant le paiement de celle pour laquelle le gage a été donné, n'est dans la main du créancier que parce qu'il l'a reçue d'un tiers, par voie de cession ou de subrogation, ou même par voie de succession; car puisque la personne qui la lui a transmise n'aurait eu aucun droit de gage particulier sur la chose à raison de cette

même créance, lui qui est simplement aux droits de cette personne quant à ladite créance, n'en peut pas avoir davantage; et *vice versâ*, quand bien même les deux dettes auraient été contractées envers le même créancier, la disposition n'aurait pas lieu si elles n'avaient pas été contractées par le même débiteur : par exemple, si j'ai donné un gage à Paul pour ma dette, et que celui dont je suis l'héritier soit devenu débiteur envers lui depuis moi, Paul n'aura pas le droit de retenir la chose jusqu'au paiement de la dette de mon auteur; comme il n'aurait pas non plus le droit de la retenir jusqu'au paiement de ma dette personnelle, si c'était mon auteur qui eût fourni le gage; sauf à lui, dans l'un et l'autre cas, à me poursuivre en paiement pour la dette étrangère au gage, et même à faire saisir la chose d'après le droit commun.

Il est bien vrai que notre article dit simplement, *s'il existait de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette*, etc., et toutes ces circonstances se rencontrent parfaitement dans les hypothèses que nous venons de faire; mais on a voulu évidemment parler ici d'une seconde dette contractée par le même débiteur envers le même créancier. Pourquoi, en effet, cette seconde dette serait-elle aussi garantie spécialement par le gage, si ce n'était la présomption que

telle a été la volonté tacite des parties? Et cela est si vrai, qu'une dette antérieure à celle pour laquelle le gage a été donné, quoique payable avant celle-ci, reste tout-à-fait étrangère au gage, parce qu'on n'a pas pu supposer que les parties, en la contractant, avaient entendu y affecter un gage qui n'a été donné qu'après. De même aussi, quand la nouvelle dette n'est exigible qu'après le paiement de la première, la disposition n'a pas lieu, parce qu'on ne peut pas supposer que le débiteur, qui stipulait ainsi un terme plus long, entendait engager aussi sa chose à cette même dette, et se priver de la sorte de la faculté d'en faire ce qu'il voudrait. D'ailleurs, s'il en était autrement, un créancier aurait le moyen d'acheter à vil prix les créances que d'autres auraient sur le même débiteur, en retenant de la sorte le gage qui lui a été donné tant que toutes ces créances ne seraient pas payées, ce qui serait certainement bien opposé à l'intention qu'avait le débiteur lorsqu'il a donné le gage et lorsqu'il a contracté ces nouvelles dettes; or, c'est évidemment sur la présomption de son intention qu'est fondée la disposition que nous analysons.

567. Au surplus, et c'est ce qui diminue grandement l'importance de la question, il ne faut pas croire que le créancier a aussi son privilége pour la nouvelle dette, même dans le cas où elle a été personnellement contractée envers lui par

le débiteur lui-même, si les formalités constitutives du privilége n'ont pas également été observées aussi pour cette dette. L'article se borne à donner au créancier le droit de retenir le gage tant qu'il n'est pas payé de l'une et de l'autre dette; il ne parle point de privilége quant à la seconde : la retenue n'a lieu que vis-à-vis du débiteur, et non par rapport aux autres créanciers de celui-ci : autrement il y aurait matière à des fraudes sans nombre, et la loi serait en désaccord avec elle même, puisque l'article 2074 veut que, dans l'acte constatant le gage, l'on exprime la somme due, tandis qu'il n'y aurait aucune expression de cette somme en ce qui concerne la nouvelle dette : de plus, si c'était une créance qui eût été donnée en gage, la signification faite au tiers débiteur serait évidemment incomplète. La loi unique *Etiam ob chirograph.* précitée, faisait elle-même formellement la distinction : le créancier ne pouvait user de son privilége, pour la nouvelle dette, envers un second créancier.

548. Notre article dit : *et devenue exigible* AVANT *le paiement de la première dette;* mais la disposition est incontestablement applicable au cas aussi où la seconde dette est exigible *en même temps* que la première, pourvu qu'elle ait été contractée postérieurement à celle-ci. Ce que la loi a voulu, c'est que le débiteur, pour ravoir sa chose, ne fût pas privé du bénéfice du terme

de cette seconde dette, dans le cas où elle n'aurait été exigible qu'après l'échéance de la première; or, dans l'espèce, il ne sera pas privé du terme, puisqu'il est échu.

Mais *quid* si la seconde dette n'est devenue exigible qu'après l'échéance de la première, mais avant le *paiement* de celle-ci? La disposition est applicable : l'article est positif. Vainement le débiteur dirait-il que le créancier n'a pas dû compter sur le gage pour cette seconde dette, puisque ce gage n'y aurait en effet point été affecté si la première avait été acquittée à son terme; qu'ainsi ce ne peut pas être un évènement ultérieur qui a dû l'y soumttre : cela est vrai en principes purs, mais il s'agit ici d'une disposition d'équité, qui ne peut avoir d'effet à l'égard des tiers, ainsi que nous l'avons démontré; et les rédacteurs du Code, conforme en ce point à la loi romaine ci-dessus citée, ont eu égard au *paiement* de la première dette, et non à l'époque de son échéance ou exigibilité. C'était au débiteur, pour retirer son gage, à payer cette dette à son terme, et maintenant qu'elles sont toutes deux exigibles, il a mauvaise grâce de vouloir n'en payer qu'une, et néanmoins de vouloir retirer le gage.

549. Le gage est indivisible dans ses effets, nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier.

En conséquence, l'héritier du débiteur qui a

payé sa portion de la dette, ne peut pas pour cela demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Et réciproquement, l'héritier du créancier qui a reçu sa portion de la créance, ne peut remettre le gage, au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas encore payés (art. 2083).

Si l'un des héritiers du débiteur paie toute la dette, pour pouvoir retirer le gage, il est subrogé aux droits du créancier, en vertu de l'article 1251, n° 3, comme étant, lorsqu'il a payé, tenu avec d'autres, et comme ayant, en conséquence, intérêt à l'acquittement de la dette.

550. Mais le créancier ne devrait toutefois pas, dans tous les cas, remettre tout le gage à tel des héritiers qui lui paierait même toute la dette, si cet héritier n'était muni d'un pouvoir de ses cohéritiers à l'effet de le retirer; car chacun des cohéritiers est son créancier par rapport à la chose engagée, et comme elle pourrait valoir beaucoup plus que le montant de la dette, et que cet héritier pourrait être insolvable, il serait responsable envers eux. Il en est de la restitution d'un gage comme de la restitution d'un dépôt, d'autant mieux que le Code dit que le gage n'est qu'un *dépôt* dans la main du créancier, pour lui assurer son privilége; or, nous avons vu que le dépôt, lorsqu'il est d'une chose divisible, doit être res-

titué à chacun des héritiers du déposant, pour sa part héréditaire; et lorsqu'il est d'une chose indivisible, que les cohéritiers doivent s'accorder pour le retirement (art. 1939). L'indivisibilité du gage n'affranchit pas le créancier de ses obligations telles qu'elles résultent du droit commun; elle a seulement pour effet de le dispenser de restituer aucune portion quelconque du gage à celui des héritiers qui lui paie sa part dans la dette. D'après cela, s'il a des craintes sur la solvabilité de celui qui lui offre le paiement du total de la dette, pour retirer le gage en totalité, il peut se borner à lui en remettre sa portion, si la chose est divisible; et si elle est indivisible, à demander que tous les héritiers s'accordent pour la retirer, ou à faire ordonner qu'elle sera remise entre les mains d'un tiers, à titre de dépôt.

551. L'action *personnelle* qu'a le débiteur contre le créancier à raison du contrat du gage, et pour le retirement de la chose, est soumise à la prescription ordinaire de trente ans, comme les autres actions personnelles (art. 2262); mais ces trente ans ne commencent à courir qu'à partir du jour où il a pu retirer le gage, par le paiement de la dette (art. 2257), et sans préjudice des suspensions et interruptions de prescription telles que de droit, pour minorité ou autres causes. Toutefois, les trente ans courraient aussi du jour où la dette est devenue exigible, puisqu'il ne te-

nait qu'au débiteur, en la payant à cette époque, de retirer son gage. En sorte que quand bien même ce serait par la faute du créancier ou de ses héritiers que la chose serait venue à périr, ils seraient libérés par la prescription trentenaire.

552. Mais quant à l'action *réelle* ou en revendication, elle dure autant de temps que dure le droit de propriété dans la main du débiteur; et comme le créancier ne détenait la chose qu'à titre précaire, il n'a pu, non plus que ses héritiers, en acquérir la propriété par aucun laps de temps que ce soit tant que sa possession a conservé le caractère de possession à titre précaire (art. 2236 et 2237), et elle l'a conservé tant que la cause de cette possession n'a pas été intervertie soit par une cause venant d'un tiers, soit par la contradiction opposée au débiteur propriétaire (art. 2238). En conséquence, le débiteur ou ses héritiers, en prouvant que c'est leur chose, si elle existe encore, peuvent la revendiquer, même après les trente ans, contre le créancier ou ses héritiers, dans les mains desquels elle se trouverait; mais si elle n'existe plus, il n'y a plus de revendication possible dans ce cas, encore, comme nous venons de le dire, qu'elle eût péri par la faute du créancier ou de son héritier.

553. *Quid* si le créancier, nanti du gage, n'a rien fait pour être payé depuis plus de trente ans à compter de l'échéance de la dette? Son action

en paiement est-elle éteinte par la prescription, quoiqu'il offrît de restituer le gage?

Et le débiteur, dans le même cas, peut-il réclamer la restitution du gage, tout en se prétendant libéré de la dette par le moyen de la prescription, sur le fondement que le Code ne fait pas, de la détention du gage, une cause d'interruption de la prescription à l'effet d'éteindre la dette?

Dans l'ancien Droit, d'après la loi 7, § 5, Cod. *de Præscript. triginta vel quadrag. annorum*, la prescription ne courait pas contre le créancier tant qu'il restait nanti du gage; cette possession de la chose engagée était considérée comme une interruption continuelle de prescription : *Immo et illud procul dubio est quod, si quis ecrum quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit præteriti temporis, si minùs effluxit triginta vel quadraginta annis : et multò magis, quàm si esset interruptio per conventionem introducta ; cùm litis contestationem imitetur ea detentio.*

Le cas se présentera bien rarement en matière de simple gage, mais il peut facilement se présenter en matière d'antichrèse.

La question a été jugée en conformité des lois romaines, par arrêt de Cassation, le 27 mai 1812 (1), en matière d'antichrèse. A la vérité, c'était, comme on le pense bien, sur un cas qui

---

(1) Sirey, 1813-1-85.

devait être décidé d'après les anciens principes : aussi l'arrêt, dans l'un de ses motifs, le dit-il expressément; mais il ajoute qu'une telle décision résulte *de la nature même du contrat d'antichrèse.* Il s'agissait, dans l'espèce, de rentes données à antichrèse, dans le Piémont, depuis près de deux siècles, pour sûreté du paiement d'une dot de 3100 écus d'or, qui n'avaient jamais été payés. Par suite de l'introduction, en Piémont, des lois de la révolution Française, abolitives de la féodalité, le gage avait péri. Les ayant-cause médiats de la femme créancière de la dot formèrent demande en paiement de cette même dot contre les successeurs médiats du constituant, qui leur opposèrent la prescription, moyen qui fut accueilli par la Cour de Turin, par arrêt du 17 août 1809. Mais la décision de cette Cour fut infirmée, et avec raison, par les motifs suivans :

« Vu la L. 7, § 5, Cod. *de Præscript. trig. vel* « *quadrag. annor.* et la loi 8, § 4, *eodem tit.*

« Attendu que le moyen de prescription par « lequel l'arrêt attaqué a écarté l'action du de- « mandeur en cassation, *doit être apprécié d'après* « *les lois anciennes, qui régissaient les parties à* « *l'époque où cet arrêt suppose que la prescription* « *dont il s'agit aurait été acquise;*

« Et attendu que de ces lois il résulte, 1° que « la prescription d'une dette est légalement inter- « rompue pendant tout le temps que le débiteur « laisse jouir son créancier, à titre d'antichrèse ,

« de l'immeuble affecté à sa créance; 2° que la « même interruption a lieu toutes les fois que le « débiteur paie les intérêts de sa créance;

« Qu'en appliquant ces principes à l'espèce de « la cause, on voit que toute prescription de la « créance résultant du contrat du 9 mars 1613, à « été impraticable pendant toute la durée de l'an- « tichrèse qui a eu lieu en exécution dudit con- « trat, et qui a été, de la part de Paul-Emmanuel « de Challant, une reconnaissance formelle de sa « dette; reconnaissance constamment renouvelée « par ses représentans, soit par le consentement « que ceux-ci n'ont cessé de donner à la possession « qu'avaient les représentans de Claire-Margue- « rite de Challant des rentes antichrésées, soit « par le paiement annuel que les héritiers de « Paul-Emmanuel étaient censés faire aux héri- « tiers de Claire-Marguerite, des intérêts de ladite « dette, représentés, aux termes mêmes du con- « trat de 1613, par la jouissance annuelle desdites « rentes;

« *Attendu, au surplus, que, d'après la nature « même de l'antichrèse, son existence et sa durée sup- « posent toujours l'existence et la durée de la dette « qui y a donné lieu;*

« *Qu'il est aussi de l'essence de ce contrat synal- « lagmatique, que les obligations et les droits qui en « naissent soient réciproques entre le créancier et le « débiteur, en telle sorte que si le créancier, posses- « seur précaire du gage, ne peut jamais en prescrire*

« *la propriété contre son débiteur, celui-ci ne puisse,* « *à son tour, obtenir, par la même voie de prescrip-* « *tion, l'extinction de sa dette;*

« Qu'il suit de là que l'arrêt attaqué, en décla- « rant la créance du représentant de Claire-Mar- « guerite de Challant, prescrite au profit du re- « présentant de Paul-Emmanuel de Challant, « nonobstant l'antichrèse consentie par ledit Paul- « Emmamuel, et librement et sciemment main- « tenue par ses successeurs jusqu'au jour de la « demande, a évidemment violé les lois précitées;

« Par ces motifs, la Cour, sans entendre aucu- « nement préjudicier aux droits des parties au « fond, casse et annule l'arrêt rendu entre elles « par la Cour d'appel de Turin le 9 juin 1810. »

Nous croyons, en effet, non-seulement que la question devait être jugée en ce sens, puisqu'elle était régie par les lois anciennes, mais encore qu'elle eût dû l'être de la sorte sous le Code, nonobstant le silence qu'il garde sur cette espèce particulière de cause d'interruption de prescription; car elle rentre nécessairement dans les cas de reconnaissance que le débiteur fait de sa dette, et qui interrompent pareillement la prescription; c'est une reconnaissance tacite et continuelle du droit du créancier.

Disposition particulière.

554. Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard

desquelles on suit les lois et réglemens qui les concernent (art. 2084).

Quant aux matières de commerce, nous avons vu *suprà*, n° 523, en quel sens cette exception devait être entendue; et pour les maisons de prêt sur gage autorisées, *voyez* la loi du 16 pluviôse an XII (Bull. 340, n° 3567); le décret du 24 messidor an XII (Bull. 8, n° 102), et ceux du 8 thermidor an XIII (Bull. 50, n°s 850 et 851).

Les maisons de prêt sur gage ont pris le nom de *Mont-de-Piété*.

CHAPITRE II.

De l'Antichrèse.

SOMMAIRE.

555. *Ce qu'on entend par* antichrèse.
556. *Si, depuis la loi du 5 septembre* 1807, *la clause qui compenserait la totalité des fruits avec les intérêts, en ou partie, devrait s'exécuter dans tous les cas?*
557. Quid *de celle qui accorderait au créancier l'habitation dans une maison, en compensation des intérêts de la créance?*
558. *En quel sens probable le Code dit-il que l'antichrèse ne s'établit que par écrit?*
559. *Le contrat d'antichrèse, comme celui de gage, est contrat* réel, *et généralement du nombre des contrats synallagmatiques imparfaits : conséquence quant au point de savoir si l'acte sous seing privé par lequel on l'établirait devrait nécessairement être fait en double original.*
560. *Si l'antichrèse a effet à l'égard des tiers : discussion.*
561. *Obligations du créancier.*
562. *Son droit de rétention tant qu'il n'est pas payé.*

563. *Si la seconde disposition de l'article* 2082 *est applicable aussi dans le cas d'antichrèse?*

564. *Le créancier peut renoncer à son droit pour se dispenser d'en remplir les charges, sauf convention contraire.*

565. *Le défaut de paiement au terme fixé ne le rend point propriétaire de l'immeuble, sauf à lui à en poursuivre l'expropriation par les voies légales.*

566. *Les tribunaux ne peuvent même ordonner, comme dans le cas de gage, que l'immeuble lui demeurera en paiement, à dire d'experts.*

567. *Convention que, à défaut de paiement, le créancier pourra vendre l'immeuble, est nulle et de nul effet;* quid *de celle qui l'autoriserait à le vendre aux enchères devant notaire, en présence du débiteur?*

568. *La vente faite par le débiteur au créancier depuis le contrat d'antichrèse, est valable.*

569. *L'immeuble peut être fourni par un tiers, et l'antichrèse, comme le gage, est indivisible dans ses effets.*

570. *Renvoi* suprà *quant aux questions de prescription.*

555. *Antichrèse* signifie proprement l'abandon de la jouissance d'un immeuble pour tenir lieu des intérêts d'une somme reçue; c'est ainsi que le jurisconsulte Marcien considère l'antichrèse dans la loi 11, § 1, ff. *de Pignorib. et Hypoth.* Mais sous le Code, comme généralement dans notre ancienne jurisprudence, le créancier n'acquiert, de droit commun, par ce contrat, que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble qui lui est livré à ce titre, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance (art. 2085).

Par conséquent, il doit cultiver le fonds en

bon père de famille, et, généralement, suivant l'usage du propriétaire, c'est-à-dire sans changer le mode de culture, la nature des produits; sans arracher des vignes pour en faire des terres labourables, sans défricher des prés d'un bon rapport, etc. Et si c'est une maison, il doit la pourvoir de locataires, s'il n'y en a pas, et remplacer ceux qui sortiraient. On suit, au surplus, les stipulations portées au contrat, touchant le mode de jouissance.

556. Nous disons *de droit commun*, car, d'après l'article 2089, il est permis aux parties de stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou *totalement*, ou jusqu'à une certaine concurrence, et cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est pas prohibée par les lois. La convention peut être que la moitié des fruits, par exemple, se compensera avec la totalité des intérêts, ou que la totalité des fruits se compensera avec la moitié des intérêts seulement; mais hormis le cas où il a été convenu que la totalité des fruits se compenserait avec les intérêts, en tout ou partie, le créancier est obligé de faire un état des fruits, pour présenter un compte lors de la restitution de l'immeuble.

Dans la plupart des Parlemens, jadis, on n'admettait toutefois pas la convention d'antichrèse proprement dite, c'est-à-dire celle qui attribuait au créancier la jouissance de l'immeuble pour les intérêts de son capital, et le dispensait de rendre compte

des fruits. Nonobstant cette convention, il était obligé d'en rendre compte, et il se faisait simplement imputation des fruits, dépenses déduites, sur les intérêts, et ensuite sur le capital. On avait voulu prévenir les conventions usuraires. Sous le Code, qui permet aux parties de stipuler, en matière de prêt, les intérêts au taux qu'il leur plaît de convenir (art. 1907), il est clair que la convention par laquelle les fruits de l'immeuble se compenseront en totalité avec les intérêts, ne devait souffrir aucune difficulté: cette convention *devait s'exécuter comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois*; l'article 2089, qui l'autorise, était en parfaite harmonie avec la législation existante sur l'intérêt conventionnel. Mais depuis la loi du 3 septembre 1807, qui a fixé le taux de cet intérêt (à cinq pour cent, sans retenue, en matière civile, et à six en matière de commerce), il nous paraît certain que cette convention ne peut plus être maintenue comme *non prohibée par les lois*, s'il n'existe pas une certaine proportion entre le revenu probable de l'immeuble donné à antichrèse, et l'intérêt au taux ordinaire, ou légal : autrement il pourrait y avoir lieu aux conventions usuraires les plus monstrueuses. Et que l'on ne dise pas qu'un contrat de louage s'exécuterait bien quel que fût la vilité du prix; que, dans le bail, le preneur serait indemnisé de la perte de plus de moitié d'une ou de plusieurs récoltes, tandis que

dans l'antichrèse ainsi convenue, la perte même totale d'une ou plusieurs récoltes serait supportée par le créancier, qui n'aurait point d'intérêts à réclamer; que dans le louage, le preneur ne supporte que les réparations locatives, tandis que dans l'antichrèse, le créancier a aussi à supporter même celles d'entretien, et à payer les impôts; car on répondrait que les parties n'ont point entendu faire un bail, mais bien seulement un contrat d'antichrèse ou de nantissement. Un propriétaire n'est jamais forcé d'affermer à vil prix, mais un homme qui emprunte, pressé par des besoins, ne peut, le plus souvent, se soustraire aux conditions usuraires qu'on veut lui imposer; aussi les lois lui prêtent-elles leur appui, tandis qu'un bailleur n'en avait pas besoin. Il faut donc, si la convention d'antichrèse attribue la totalité des fruits au créancier en compensation des intérêts, qu'il y ait une certaine proportion entre les uns et les autres, pour que cette convention ne soit pas aujourd'hui *du nombre de celles qui sont prohibées par la loi;* dans ce cas, le créancier ne sera point obligé de rendre un compte détaillé de ses jouissances; mais dans le cas contraire, il devra rendre compte, et les fruits s'imputeront sur les intérêts, et ensuite sur le capital. Tout autre système ouvrirait la porte aux usures les plus criantes (1).

---

(1) Ainsi jugé par la Cour de Montpellier, le 21 nov. 1829, Sirey, 1830-2-88.

557. Nous venons de dire qu'une maison peut être donnée à antichrèse comme un fonds de terre, puisqu'en effet une maison procure une jouissance, produit des loyers, qui sont des fruits, des fruits civils (art. 584); mais *quid* du cas où une maison a été donnée à antichrèse, avec la clause que le créancier l'habiterait pour lui tenir lieu des intérêts de sa créance, et lorsque la jouissance de cette maison serait d'une valeur annuelle bien supérieure à l'intérêt de la somme due? La loi 14 Cod. *de Usuris* décide que le débiteur ne peut prétendre qu'on doit imputer l'excédant sur le capital; car, dit cette loi, il s'agit moins ici d'un intérêt usuraire que d'une location faite à vil prix : *non ideò tamen illicitum fœnus esse contractum, sed viliùs conducta habitatio videtur.* Mais d'après les raisons que nous venons d'exposer, il y aurait à considérer, dans notre Droit, les circonstances de l'affaire : si le loyer de la maison, en la supposant d'ailleurs d'une location facile, eût probablement surpassé de beaucoup les intérêts de la créance, les tribunaux pourraient ordonner, et même devraient ordonner, l'imputation, sur le capital, de tout ou partie de l'excédant, afin de réprimer une convention usuraire. Mais ils n'auraient point d'égard à une différence peu importante : *de minimis non curat Prætor.*

558. L'antichrèse, suivant l'article 2085, ne

s'établit que par écrit ; mais c'est probablement quant à l'effet qu'elle pourrait avoir à l'égard des tiers ; car entre les parties, on ne voit pas pourquoi le droit commun touchant les preuves ne serait point la loi à suivre, sauf que la preuve par témoins serait écartée quelle que fût la valeur. L'antichrèse est un nantissement, ce qui suppose que l'immeuble a été livré ; or, un contrat *réel* est toujours parfait entre les parties par le seul fait que la chose a été remise au titre convenu entre elles ; il n'est assujetti à aucune autre forme : pourquoi en serait-il donc autrement en matière d'antichrèse ? On n'en voit pas la raison. Aussi pensons-nous que l'aveu du débiteur sur le fait même de l'antichrèse, l'établirait à son égard et à l'égard de ses héritiers ; il en est de même de son refus de prêter le serment qui lui serait déféré par le créancier, puisque le serment décisoire peut être déféré sur quelqu'espèce de contestation que ce soit, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué (art. 1358 et 1360). Ce contrat est, comme le louage, un transport de jouissance, avec des effets même moins étendus, sous certains rapports, que ceux du louage ; or, le louage, même lorsqu'il n'a encore reçu aucun commencement d'exécution, peut être prouvé par l'aveu de la partie, ou par son refus de prêter le serment. Réciproquement, l'antichrèse pourrait

être prouvée contre le créancier, par son aveu, ou par son refus de prêter le serment que lui déférerait le débiteur.

559. En appliquant à l'antichrèse l'idée générale que nous avons prise du nantissement, on y voit un contrat *réel*, intéressé de part et d'autre, et synallagmatique imparfait; et comme, suivant ce que nous avons dit plusieurs fois, l'article 1325, qui ne déclare valables les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y avait de parties ayant un intérêt distinct, n'est généralement applicable qu'aux conventions synallagmatiques proprement dites, il nous semble que l'acte sous seing privé, signé du débiteur, quoique non fait double, ou fait double, mais sans contenir la mention du nombre d'originaux qui ont été faits, prouverait suffisamment la convention d'antichrèse; qu'il y aurait peut-être seulement lieu à excepter de cette décision le cas où il aurait été convenu que les fruits se compenseraient avec les intérêts, parce que, dans ce cas, le contrat aurait beaucoup d'analogie avec le louage, qui est un contrat parfaitement synallagmatique; et encore, l'exécution qui lui aurait été donnée par la mise en jouissance du créancier pourrait-elle être considérée comme complétant suffisamment la preuve résultant de l'écrit fait simple.

560. Par ce contrat, porte toujours notre article 2085, le créancier *n'acquiert que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble*, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital; il n'acquiert par conséquent aucun privilége ou hypothèque sur l'immeuble; et c'est ce que confirme l'article 2091, en disant : « Tout ce qui est statué au pré« sent chapitre, ne préjudicie point aux droits « que des tiers pourraient avoir sur le fonds de « l'immeuble remis à titre d'antichrèse.

« Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs « sur le fonds des priviléges ou hypothèques « légalement établis et conservés, il les exerce à « son ordre comme tout autre créancier. »

Mais cette disposition est entendue bien diversement par les interprètes du Code. Les uns, comme M. Delvincourt (1), veulent qu'elle signifie que l'antichrèse n'empêche pas l'exercice des priviléges et hypothèques constitués même postérieurement; qu'autrement elle ne signifierait

(1) Suivant cet auteur, non-seulement l'antichrèse avec date certaine n'a aucun effet à l'égard des hypothèques constituées même postérieurement, mais, de plus, elle n'empêche pas les simples créanciers chirographaires de saisir et faire vendre les fruits au fur et mesure de leur échéance, tant qu'ils sont pendans, à l'effet d'en partager le produit contributoirement avec le preneur à antichrèse; et il dit que cela *ne lui paraît pas douteux*. Par cela même les créanciers pourraient faire vendre l'immeuble sans avoir égard à la jouissance de celui qui l'a reçu à antichrèse. Pour nous, c'est le sentiment contraire qui n'est pas douteux, par les raisons que nous allons déduire.

rien, si elle avait seulement pour objet d'établir que l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que des tiers pouvaient avoir acquis sur l'immeuble au moment où elle était constituée, puisqu'il allait de soi qu'elle ne pût pas préjudicier à de tels droits; que pour donner un sens raisonnable à cette disposition, il faut donc l'entendre même à l'égard des priviléges ou hypothèques que des tiers pourraient avoir acquis sur l'immeuble depuis la constitution de l'antichrèse. Et suivant eux, l'antichèse, sous le Code civil, n'est point un *nantissement*, c'est une simple délégation de fruits; ce n'est un nantissement qu'entre les parties seulement, en ce sens que le débiteur ne peut retirer l'immeuble avant d'avoir payé la dette pour laquelle il l'a remis à antichrèse; que ce n'est que sous ce rapport que le créancier est *nanti*, puisque le propre du droit *réel* que produit le contrat de nantissement véritable, c'est d'assurer au créancier la préférence sur les autres créanciers qui n'ont pas un droit de privilége ou d'hypothèque antérieur au sien, et de pouvoir suivre la chose dans les mains des tiers; au lieu que le Code, disent-ils, refuse évidemment cette préférence au créancier simplement antichrésiste, sur les créanciers ayant privilége ou hypothèque sur l'immeuble, soit que ces droits soient postérieurs ou antérieurs à la constitution de l'antichrèse, puisqu'il ne distingue pas.

Sans doute, on ne peut pas dire que, sous le

Code, le droit d'antichrèse est absolumsnt ce qu'il était dans le Droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, un droit de gage proprement dit, donnant lieu au droit *réel* comme l'hypothèque; mais tel qu'il est, il n'assure pas moins au créancier tous ses effets vis-à-vis des autres créanciers du débiteur qui n'ont acquis sur l'immeuble des hypothèques que postérieurement à sa constitution, et vis-à-vis des créanciers simplement chirographaires : cela est facile à démontrer par plusieurs dispositions du Code civil luimême.

1°. D'après l'article 2071, le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour *sûreté* de la dette, et suivant l'article 2072, le *nantissement* d'une chose mobilière s'appelle *gage;* celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse.* Ainsi l'antichrèse est un *nantissement;* on ne peut pas le nier, même sous le Code; or, le créancier n'a point de *sûreté* si le débiteur peut, en hypothéquant l'immeuble depuis la constitution d'antichrèse, conférer à ceux auxquels il l'hypothèque, le droit de le faire vendre sans égard au droit d'antichrèse, et si les créanciers simplement chirographaires peuvent saisir les fruits à mesure de leur échéance, et même faire saisir et vendre l'immeuble après avoir obtenu jugement de condamnation contre le débiteur, ou en vertu d'un titre exécutoire : cela est clair comme le jour. Cette opinion

n'est donc pas soutenable, en présence des dispositions de ces articles.

2°. Un simple fermier ou locataire, qui n'a, assurément non plus, même sous le Code, aucun droit *réel* proprement dit sur le fonds, ne peut cependant, d'après l'article 1743, s'il a un bail authentique, ou sous signature privée, mais ayant acquis date certaine, être expulsé par l'acquéreur, à moins que le bail n'en contienne la clause expresse; or, comment un créancier antichrésiste, dans le même cas, pourrait-il l'être, lui qui a un droit de *nantissement?* car, l'antichrèse, sous quelque point de vue qu'on veuille la considérer sous le Code, est au moins un droit aussi puissant pour le créancier, que le droit de bail l'est pour le preneur, puisqu'il lui confère également la faculté de jouir de la chose. Si donc un acquéreur ne pourrait expulser l'antichrésiste, comment un créancier hypothécaire postérieur à l'antichrèse, ou de simples créanciers chirographaires, le pourraient-ils, au moyen de la saisie de l'immeuble? Car, remarquez-le bien, il ne s'agirait pas d'autre chose entre eux : l'antichrésiste ne prétend pas les primer à ce titre; il ne s'agit point entre eux d'une question *d'ordre*, mais bien simplement d'une question de *rétention*, par l'effet de la possession; aussi, s'il ne l'avait plus cette possession, s'il l'avait remise au débiteur, il ne pourrait élever aucune prétention à jouir exclusivement de l'immeuble jusqu'au paiement de sa créance; il

ne le pourrait même pas vis-à-vis des simples créanciers chirographaires.

3°. Si un locataire ayant un bail avec date certaine antérieure à la constitution d'hypothèques par le bailleur, avait fait des paiemens par anticipation en vertu d'une clause portée dans son bail, les créanciers qui saisiraient l'immeuble seraient bien obligés, non-seulement de respecter le bail, en conformité de l'article 691 du Code de procédure, mais encore d'avoir égard à ces paiemens, puisque le débiteur, qui pouvait vendre sans porter alors atteinte à leurs droits, pouvait bien louer assurément avec conditon de certains paiemens faits d'avance; or, pourquoi donc des créanciers postérieurs à la constitution d'antichrèse n'auraient-ils aucun égard à la jouissance du preneur à ce titre? Si la jouissance de ce dernier n'est, ainsi qu'on le prétend, qu'une simple délégation de fruits, qu'est-ce donc que le droit résultant d'un bail? M. Delvincourt lui-même (1) regarde les baux excédant neuf années comme une sorte d'aliénation : c'est par ce motif, dit-il, qu'ils sont défendus quand il s'agit des biens de mineurs, et que la loi interdit au mari d'en passer de semblables des biens de la femme sans le le consentement de celle-ci; aussi, suivant lui, et nonobstant la généralité des termes de l'article

(1) Tome III, page 427, édit. de 1819.

691 du Code de procédure, les créanciers ayant hypothèque antérieure au bail devraient pouvoir en obtenir la résiliation, sans être obligés de prouver que le débiteur a voulu leur faire fraude et que le preneur a été complice, parce que, dit-il, des baux qui ont encore une longue durée doivent généralement diminuer de beaucoup la valeur vénale de l'immeuble; et toutefois il refusait ce droit de demander la résiliation du bail, quelqu'en fût la durée, même de vingt-sept ou trente-six ans, aux créanciers chirographaires, et même aux créanciers hypothécaires postérieurs au bail, *parce que*, dit-il, *le débiteur pouvait, en vendant, les priver de tout droit sur l'immeuble : il a donc pu faire un acte qui leur est bien moins préjudiciable.* Or, qui ne voit que ce raisonnement est tout aussi bien applicable à celui qui a donné à antichrèse antérieurement à la constitution des hypothèques, ou qui a créé des dettes chirographaires? Il y a donc évidemment contradiction de principes.

4°. Si l'antichrèse ne devait produire aucun effet à l'égard des tiers, pourquoi a-t-on dit qu'elle ne s'établirait que *par écrit?* Entre les parties elles-mêmes l'écriture n'est généralement point exigée comme condition substantielle de la convention : elle ne l'est que pour la preuve, et lorsque cette preuve manque, le Code en autorise d'autres. Les ventes elles-mêmes se prouvent suffisamment par l'aveu des parties. Si donc l'on a cru devoir exiger un écrit pour la constitution

de l'antichrèse, c'est parce qu'on a considéré les effets qu'elle pourrait avoir à l'égard des tiers.

Ainsi, soit que l'on envisage l'antichrèse comme étant encore un véritable nantissement, soit qu'on la considère comme une simple attribution de fruits, un transport de jouissance, il faut reconnaître qu'elle a et doit avoir l'effet que les parties ont entendu lui donner, et que cet effet ne peut être rendu illusoire par des créances postérieures, même avec hypothèque sur l'immeuble.

Et comme le Code ne dit pas pour l'antichrèse, comme pour le privilége résultant du gage, que l'acte sous-seing privé par lequel elle serait établie doit être enregistré, nous en concluons que, de quelque manière qu'il ait acquis date certaine, (toutefois de l'une de celles exprimées à l'article 1328), il peut être opposé aux tiers.

561. Puisque le créancier perçoit les fruits de l'immeuble, il est tenu, à moins qu'il n'en ait été autrement convenu, de payer les contributions et autres charges annuelles qui sont charges des fruits; car *fructus intelligendi non sunt, nisi impensis deductis.*

Il doit également, sous peine de dommages-intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets (art. 2086).

562. Le débiteur ne peut, avant l'entier ac-

quittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis à antichrèse (art. 2087).

Et par l'*entier acquittement de la dette*, on entend aussi les intérêts et les frais, s'il en était dû, comme dans le cas du gage proprement dit.

563. Mais quoiqu'aucune disposition de ce chapitre ne rende formellement commune à l'antichrèse celle de l'article 2082 deuxième alinéa, et que celles des articles 2077 et 2083 lui soient textuellement déclarées applicables par l'article 2090, il ne faut cependant pas inférer de ce silence que les rédacteurs du Code n'ont point entendu l'y appliquer : la raison est absolument la même que dans le cas du gage, et dans le Droit romain l'on ne faisait, à ce sujet, aucune distinction entre l'antichrèse et le gage. En conséquence, si le même débiteur a contracté une nouvelle dette, devenue exigible avant ou en même temps que celle pour laquelle il a donné l'immeuble à antichrèse, le créancier n'est point forcé de le restituer avant le paiement de l'une et de l'autre dette, quand bien même la jouissance de l'immeuble n'aurait pas été formellement affectée à l'acquittement de la seconde. Mais, dans cette hypothèse, l'antichrèse, suivant nous, n'aurait aucun effet, quant à la seconde dette, à l'égard des autres créanciers, pas plus que n'en a, à leur égard, le gage proprement dit, lorsque les formalités constitutives du

privilége n'ont pas été observées, ainsi que nous l'avons dit sur ce cas.

564. Comme l'antichrèse a été contractée dans l'intérêt du créancier, et qu'il est loisible à chacun de renoncer à ce qui est établi dans son intérêt, le créancier, s'il veut se décharger des obligations dont il vient d'être parlé, peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble (art. 2087). Mais lorsqu'il a renoncé à ce droit, le contrat a le caractère des contrats synallagmatiques proprement dits ; sauf encore au créancier à déclarer qu'il renonce à sa créance, auquel cas il pourrait incontestablement forcer le débiteur à reprendre son immeuble. Cette renonciation, au surplus, n'existera guère que dans le cas où il serait convenu que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence; dans ce cas, en effet, la convention, ainsi que nous l'avons déjà dit, a beaucoup d'analogie avec le louage, et le louage ne peut être résilié que d'un commun accord, ou pour les causes exprimées par la loi. Mais dans ce cas là même, le créancier peut encore, à moins de convention contraire, forcer le débiteur à reprendre son immeuble, pour se décharger des obligations de faire les réparations et de payer les impôts; car cette convention de compensation des fruits avec les inté-

rêts ne serait pas présumée avoir eu lieu pour détruire l'effet du droit commun touchant la faculté de renoncer au bénéfice de l'antichrèse pour se dispenser d'en supporter plus long-temps les charges.

565. Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul defaut de paiement au terme convenu; toute clause contraire est nulle : en ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales (art. 2088).

566. Mais la loi n'accorde pas au créancier, dans ce cas, comme lorsqu'il s'agit d'un simple meuble donné en gage (art. 2278), le droit de faire ordonner par les tribunaux que l'immeuble lui demeurera en paiement de sa créance, ou jusqu'à due concurrence, à dire d'experts; et les tribunaux ne peuvent s'arroger ce pouvoir : il n'y a lieu qu'à l'expropriation par les voies légales.

567. Et quand bien même il aurait été convenu par l'acte d'antichrèse que, à défaut de paiement au terme fixé, le créancier pourrait vendre l'immeuble, cette clause serait sans effet (1). Elle ne serait même pas valable dans le

---

(1) Jugé à Bourges (8 février 1810; Sirey, 1812-2-20) que le créancier ne peut vendre l'immeuble, quoique le débiteur lui en ait donné le pouvoir au cas où la dette ne serait pas payée à l'échéance.

La Cour de Turin a jugé dans le même sens, le 21 juillet 1812. Sirey, 1813-2-223.

cas où il aurait été dit que, à défaut de paiement, le créancier pourrait faire vendre l'immeuble aux enchères devant notaire, le débiteur dûment appelé : il ne pourrait vendre de cette manière, si le débiteur, alors, n'y donnait son consentement. On a toutefois jugé le contraire à Trèves, le 15 avril 1813 (1), et le Droit romain (2), il faut le dire, admettait la convention qui autorisait le créancier à vendre, à défaut de paiement au terme fixé. Mais puisque le Code, dans l'article 2078, repousse, en matière même de simples choses mobilières, *toute clause* qui autoriserait le créancier à disposer du gage autrement qu'il n'est dit à cet article, à combien plus forte raison a-t-il entendu repousser ces sortes de clauses en matière d'immeubles, ou d'antichrèse.

568. Du reste, comme dans le cas de gage, la vente faite par le débiteur au créancier depuis l'acte d'antichrèse est parfaitement bonne, ainsi que la dation en paiement : alors il est libre. Il en serait de même quoique cette vente ou cette dation en paiement eût été faite en exécution d'une clause portée dans l'acte d'antichrèse, dans la prévoyance du défaut de paiement au

---

(1) Sirey, 1814-2-11. M. Delvincourt dit que cette décision pourrait être admise, par argument de l'article 747 du Code de procédure, mais, bien entendu, dans le cas où il n'y aurait aucune réclamation de la part des autres créanciers.

(2) L. 16, § 9, ff. *de Pignorib. et hypoth.*

terme convenu ; car, comme cette clause était absolument nulle, le débiteur, en vendant ou en donnant l'immeuble en paiement, n'en a pas moins agi avec pleine liberté : il savait, ou devait savoir, au temps de la vente, qu'il n'était nullement lié par la clause.

569. De même que le gage (art. 2077), l'immeuble livré à antichrèse peut être fourni par un tiers; et les principes touchant l'indivisibilité de l'effet du gage entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier s'appliquent pareillement à l'antichrèse (art. 2090).

570. Quant aux questions de prescription, *voyez* ce qui a été dit *suprà*, nº 551 et suivans.

FIN DU NANTISSEMENT ET DU DIX-HUITIÈME VOLUME.

TABLE

DES MATIÈRES.

TITRE XI.

Du Dépôt et du Séquestre.

CHAPITRE III.

II[e] PARTIE, DU SÉQUESTRE.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

TITRE XII.

Des Contrats aléatoires.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

TITRE XIII.

Du Mandat.

TITRE XIV.

Du Cautionnement.

SECTION II.

SECTION III.

CHAPITRE III

CHAPITRE IV.

TITRE XV.

Des Transactions.

CHAPITRE PREMIER.

CHAPITRE II.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

TITRE XVI.

De la Contrainte par corps.

CHAPITRE III.

CHAPITRE IV.

CHAPITRE V.

TITRE XVII.

Du Nantissement.

CHAPITRE PREMIER.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

CHAPITRE II.

IMPRIMERIE DE CARDON. — TROYES.

Réseau de bibliothèques Université d'Ottawa Échéance	Library Network University of Ottawa Date Due

